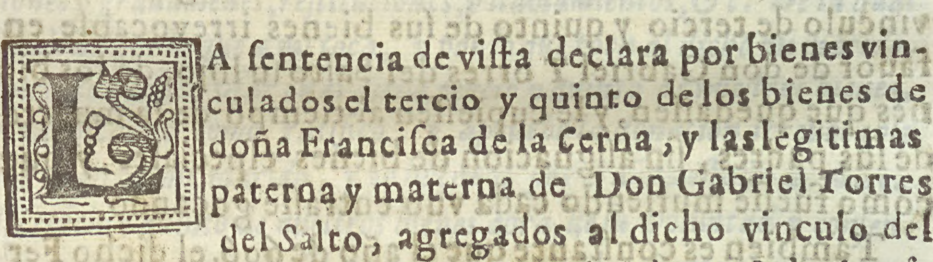
POR
ANTONIO MARTIN
DE PRADO ACREEDOR
de los bienes de Don Gabriel Torres del Salto
EN
Pleyto de sus acreedores.
EN EL ART.°
Con Dõ Iuan Francisco de Torres como immediato successor del vinculo que fundaron Fernando de Torres del Salto, y Doña Francisca de la Cerna sus abuelos.



LA sentencia de vista declara por bienes vinculados el tercio y quinto de los bienes de doña Francisca de la Cerna, y las legitimas paterna y materna de Don Gabriel Torres del Salto, agregados al dicho vinculo del tercio y quinto por el mismo dõ Gabriel en 28. de Agosto de 609.

1 El primer agrauio de los acreedores es que esta sentencia da a dõ Iuan Francisco mucho mas de lo que el pide; porque como consta de su pedimiento de que se haze mencion en el memorial *fol. 5. n. 16.* solo pide grado por la legitima paterna de don Gabriel de Torres su padre, conforme a la hijuela de particion; y no solo se le dâ esta legitima, sino la materna, y el tercio y quinto de la madre, con que se prueba notoriamente la nulidad, pues la sentencia deue ser conforme al pedimiento. *l. vt fundus. ff. communi diuidundo, quia vltra id quod in iuditium deductum est excedere potestas iudicis non potest.* Y aqui nota Bald. *quod sententia debet esse conformis libello, alias iudex nõ se intromitit. l. fin. C. de fideicommiss. libert. l. non possumus. ff. si pars hæreditatis petatur. l. Pomponius. ff. de negotijs gestis. l. 16. tit. 22 partit. 3. vbi*

glossa 1. *late Thuscus conclus*. 135. *littera* .S. *per totum*.

Y no obsta dezir que todo le pertenecia, y que de todo se ha hecho menciõ en el pleyto, porque esto no basta auiendose restringido en el pedimiento y conclusion a la legitima paterna. *l. si ex testamento* 20. *ff. de except. rei iudicat*.

2 Pero no nos embaraçamos en esto por tratar de los meritos de la causa, y justicia principal en que los acreedores reciben notorio agrauio, suponiendo que el grado que pretende don Iuan Francisco es por la escritura de vinculo del año de 609. Y esta se manda preferir en la sentencia.

Y aunque està hecho largo memorial deste pleyto, todauia es necessario para su determinacion referir cõ mas especialidad las fundaciones de los mayorazgos, y algunas clausulas que se han de ponderar en este papel.

Es constante que el año de 601. Fernando de Torres del Salto, y doña Francisca de la Cerna su muger hizierõ vinculo de tercio y quinto de sus bienes irrevocable en fauor de don Gabriel Torres del Salto su hijo, de los bienes que quedassen, y le cupiessen al tiempo de la muerte de sus padres, sin asignacion de bienes especiales, y que como fuesse muriendo cada vno entrasse goçando.

Tambien es constante que el año de 606. el dicho Fernando Torres del Salto pidio facultad a su Magestad para vincular toda su hazienda, y la de su muger en fauor de su hijo.

Y en dos de Nouiẽbre del año pasado de 606. dio poder a su muger, por quãto estaua enfermo, que dize asi: *Para que por mi, y en mi nombre, y representãdo mi persona, y como yo mismo, y por lo que a mi toca, y por lo que a la dicha mi muger toca, si le pareciere: pero por lo que a mi toca precissamente pueda en virtud de la facultad que su Magestad me diere, y concediere para hazer y fundar el dicho mayorazgo, vsar, y vse de la dicha facultad*.

Despues por clausula de su testamento dixo lo siguiente: *Iten declaro, que yo, y la dicha doña Francisca de la Cerna, mi muger de acuerdo e conformidad tenemos hecha mejora de tercio, y remanente del quinto de nuestros bienes en Gabriel Torres del Salto nuestro hijo mayor, por el mes de Iulio de 601. a que me refiero,*

mando, que la dicha escritura, y mejora, y todo lo contenido en ella se guarde, y cumpla, e porque yo estoy haziendo diligencias, y ganādo vna cedula de su Magestad para hazer vn vinculo, y mayorazgo de mis bienes en el dicho Gabriel Torres del Salto mi hijo, y tengo embiado por la dicha facultad, y dado poder a la dicha Francisca de la Cerna mi muger, para que haga en mi nombre el dicho vinculo, ratifico, y apruebo el dicho poder, y todo lo que en virtud del la dicha mi muger hiziere cerca de la fundacion del dicho mayorazgo.

3 En execucion desto por el año de 609. la dicha doña Francisca otorgò escritura en que dize asi: *Y despues de la muerte del dicho don Fernando Torres del Salto he procurado con todas las veras posibles traer la dicha facultad Real, y la estoy esperando de proximo, y vsando della, y de las leyes de Toro, y de la nueua Recopilacion, por donde se les permite a los padres, y se les da facultad para poder mejorar a qualquiera de sus hijos y decendientes en el tercio de sus bienes, y despues del quinto con las condiciones y grauamenes, restituciones, y llamamientos, &c. De la qual facultad por lo que a mi toca, y por lo que toca al dicho mi marido, quiriendo della vsar en el dicho tercio y quinto de nuestros bienes, y ratificando como ratifico, y apruebo la donacion irreuocable que el dicho mi marido, y yo hizimos por el año passado de 601. del tercio y quinto de nuestros bienes aora de su voluntad y consentimiento incorporo en este dicho mayorazgo los dichos bienes, y valor dellos respeto de la dicha mejora de tercio y quinto, y en lo que excediere de la dicha mejora y su valor, vsando de la dicha facultad que me està concedida, he acordado de hazer institucion de mayorazgo en virtud de la dicha facultad Real de los bienes que adelante se han de declarar.*

Y por otra clausula dize que en este vinculo comprehende la legitima, y herencia q̃ al dicho dō Gabriel se le auia adquirido por muerte de su padre, y la mejora del tercio, y quinto; y asi mismo la legitima materna, y todos los demas bienes mencionados: y dize *que lo haze vsando de la facultad Real que me està concedida, con protestacion que hago, que luego como venga aprobarè, y ratificarè en virtud della esta escritura.*

Reserua para si durante su vida dos mil ducados de reserua, y se constituye por tenedora, y entrega la escritura; y don Gabriel aceta, y dize asi: *Y tengo por bien que ayais*

vin-

vinculado en este mayorazgo las dichas legitimas paterna y materna segun, y como en esta escritura està declarado, la qual otorgo por contrato entre vivos, y como mejor de derecho lugar aya me obligo y a los demas successores de guardar, y cumplir, y pagar todos los cargos, y grauamenes, porque declaro que me es vtil el auer incorporado en este mayorazgo las dichas mis legitimas, porque yo me desisto y aparto de qualquier derecho y pretension que pueda tener a las dichas mis legitimas paterna, y materna, y a mayor abundamiẽto las renuncio, cedo, y traspasso en este mayorazgo por bienes del para siempre jamas.

4 Despues desta fundacion se contradixo el despacho de la facultad en el Consejo por los hijos de la dicha doña Francisca. Y por Iunio del año de 611. la dicha doña Francisca ganó facultad de su Magestad para hazer mayorazgo de sus bienes, y dize assi: *Porque aunque os la concedimos para que de los bienes del dicho vuestro marido, y vuestros le pudiessedes hazer, y fundar por ser muerto el dicho vuestro marido, y auerlo contradicho dos hijas que teneys, se dio por ninguna la facultad que asi se os concedio.*

Y entre otras clausulas tiene esta la facultad: *Y para que la dicha doña Francisca en vuestra vida, o al tiempo que quisieredes podays quitar, y acrecentar, corregir, y enmendar el dicho mayorazgo en todo, o en parte, y deshazerlo, y tornarlo a hazer de nueuo vna y muchas vezes, y cada cosa, y parte dello a vuestra libre voluntad* En virtud desta facultad en 30. de Nouiembre del año passado de 611. la dicha doña Francisca hizo otra fundacion de mayorazgo, y entra haziendo relaciõ de como su marido auia pedido la facultad, y como ella auia hecho el vinculo el año de 9. en virtud della, y como se auia contradicho, y el caso estaua remitido a fuero y derecho, y que el pleyto se auia de proseguir, y que a su instancia su Magestad le auia concedido segũda facultad, y en virtud de ella, y del poder, y comission que su marido le dio (que todo se inserta en la escritura) dize *que por lo que a ella toca, y a sus bienes, y en nombre del dicho su marido; y por lo que a el y a sus bienes toca, vsando de la orden, poder, y comission que le dio, y ratificando, y aprobando la escritura de mejora del año de 601. vincula todos los bienes, y a ella, y su marido en qualquier manera le pertenezcan, con declaracion que en lo que toca a los bienes de su marido, se entienda en caso que el pleyto que*

pende

los bienes de su marido, se entienda en caso, que el pleito que pende en el Consejo, sobre la facultad, se acabe por sentencia, y se de por cõcedida, para que en tal caso valga el dicho vinculo y mayorazgo.

5 Tambien declara, *que en esta fundacion entran, y se comprehenden las legitimas paterna, y materna del dicho don Gabriel, y las mejoras que se hizieron el año de 601.*

6 Y en la clausula 37. refiere la escritura, y fundacion q̃ auia hecho el año de 609. en fe de la facultad, que se le auia de despachar, y dize: *que su voluntad es, de reuocar, y reuocar, y reuoea el dicho vinculo, y lo dâ por ninguno, y de ningun valor y efecto, en virtud de la facultad que tiene, en cuya virtud puede reuocar, enmendar y quitar, y corregir este mayorazgo en qualquier tiempo, y tornarlo a hazer de nueuo vna y muchas vezes a su libre voluntad, y la tiene, de que la dicha escritura no valga, sino esta que aora ordena. Y para mayor firmeza suya chancela, y dá por chancelada la dicha escritura: y a mayor abundamiento da poder cumplido al dicho don Gabriel para que la chancele.*

7 Esta escritura tiene juramento, y todas las clausulas de firmeza, y acetacion del dicho don Gabriel, el qual incorpora en este mayorazgo sus legitimas paterna, y materna.

8 Bien se reconoce de la sentencia de vista, que no se hizo caso de la disposicion que hizo doña Francisca de la Serna el año de 609. en virtud de la orden de su marido, y de la facultad Real, ni poder de su marido para vsar de la facultad legal, y assi se tuuo por valido aq̃l acto, en quãto al tercio y quinto de sus proprios bienes, y en quãto a las legitimas paterna, y materna de don Gabriel, porque para vno ni otro, no era necessaria la facultad Real, ni el poder de Fernando del Salto. Y en quanto a esto la sentencia es agrauiada notoriamẽte, y lo probarèmos con euidencia, discurriendo primero en lo que toca a la disposicion de doña Francisca de la Serna, que es el tercio y quinto, y luego en lo que toca a la de don Gabriel, que es en las legitimas.

En quanto a la disposicion de doña Francisca de la Serna.

9 No pudo doña Francisca el año de 609. en la fundaciõ que hizo, que es la que se manda graduar y preferir, vincular el tercio, y quinto de sus bienes por la facultad le-

gal, porque ya auia espirado esta facultad, por auer vsado della en el vinculo que hizo el año de 601 assi lo resuelve en terminos el señor Luys de Molina, *de primogenijs, lib. 2. cap. 10. num. 75. vers. in primo casu*, ibi: *Cum igitur primum primogenium ex legibus regijs factum esse censendum sit, consequens est, vt ex eisdem legibus secundum primogenium non valeat fieri cum earum legum, facultas in primo actu consumpta fuerit, l. bobes §. hoc sermone, cum similibus, ff. de verborum significat.* Y lo mismo auia dicho antes en el cap. 2. num. 17. a quien sigue y refiere alter Molina *de iustitia, & jure, tom. 3. disput. 591. n. 8 vers. Molina vbi supra, D. Castillo cap. 121. lib. 5. 2. p. num. 57 vers. quæ extendi potest*, y otros que refiere Lima *ad Mol. dict. cap. 10. num. 75.*

10 Y aunque el mismo Lima no se conforma con el fundamento de la *l. voues*, porque dize que no procede *in dispositione legis, & in materia ex propria natura reuocabili, vt est in melioratione, quæ potest altera reuocari, ex l. 17. & 44. Tauri.* Tamen la doctrina del señor Molina es indubitable en este pleyto: porque el primer vinculo del año de 601. fue irreuocable: porque tuvo todos los requisitos de la *l. 17.* y 44 de Toro; y assi expirò la facultad legal con aquel acto, porque quedô perfecto, y el derecho adquirido al mejorado *irreuocabiliter*: y no pudo adquerir la mejora mas de lo que la tenia, ni â la dicha Doña Fráciſca le quedò mas que darle, en quanto a la sustácia della: y assi era necessario, que para bolver a hazer segundo mayorazgo de la misma mejora, fuesse con facultad Real, y que en ella se hiziesse mencion, de como se avia vinculado ya el tercio y quinto, por la facultad legal Ita Mieres *dict. p. 1. cap. 7. num. 10. ibi: Ex omnibus infertur alia conclusio singularis in practica, quòd si quis faciat meliorationem tertij, & remanentis á quinto, in fauorem vnius filij, & postea impetret facultatem ad faciendum maioratum, non facta mentione quòd priùs fecerat meliorationem, erit talis facultas subreptitia; quia verosimile est, quòd si Princeps sciuisset meliorationem, non vellet quòd filij multum, & nimis in legitima grauarentur.* Lo mismo dixo el Padre Molina, *dicta disputatione 591. num 6. tom. 3. quos refert Dominus Castillo dicto cap. 121. libr. 5. versiculo ex eisdem.* Y todos lo tomaron de la doctrina del señor Gregorio Lopez, *in l. 32. tit. 9. gloss. 3 quæst. 3.* Donde dize, que el que

tiene

tiene facultad Real para hazer Mayorazgo de sus bienes, no puede vincular el tercio y quinto, en virtud de la facultad legal: *Quia non est verosimile, Principem grauare voluisse filios duplici onere.* Y por esta mesma razon, el que vinculó el tercio y quinto, por la facultad legal, no puede vincularlo segunda vez por la facultad Real, sino es que se le concedio con especial mencion del primero vinculo, y vsando de la facultad Real, no se puede vsar de la legal a vn mismo tiempo, porque es hazer dos vinculos, siendo assi que la facultad Real extingue la legal. Segun esto la dicha Doña Francisca no pudo vincular el año de nueue el tercio y quinto: porque ya no tenia facultad legal, porque lo auia vinculado antes: ni tampoco tuuo facultad Real, porque no se despachô.

11 Y bien reconoció esta dificultad el año de 11. pues ganò facultad, con relacion de los vinculos que auia hecho, y en virtud della vinculô el tercio y quinto, y los demas sus bienes; y dio por nulo chancelado el vinculo que hizõ el año 9. aunque el era nulo, por lo que se ha dicho: y assi el vinculo verdadero y cierto, a que se ha de estar, es el de el año de 11. Porque con este quedô reuocado el de el año de 601. que auia hecho en virtud de la facultad legal, y reducido todo, y incorporado al de la facultad Real, y por la vnion, y incorporacion, que hizo en virtud della, quedò extinguido el nombre, y essencia del vinculo del año de vno: porque este es proprio efecto de la incorporacion, y vnion, *l. sed et si adijciatur, 13. ff. pro socio l. fin. ff. de oleo, vin. trit.* & Rota *in antiquis, tit. de locato, decis.* 11. Y no ay que hazer caso del vinculo del año de 9. porque fue nulo, y sin facultad legal, ni Real: y assi es agrauio notorio, auer graduado, y preferido este vinculo: pues siendo nulo, es como *si non esset, l 4 §. condemnatus, ff. de re iudicata.*

12 Demas de q̃, si bien se aduierte, en la escritura de 609. no mejorò Doña Francisca a su hijo en el tercio y quinto, en virtud de la facultad legal, ni ay tal palabra: lo que dixo, fue que usando de la facultad Real, que le estaua concedida, y de las leyes de Toro, y nueua Recopilacion, queriendo della vsar, por lo que tocaua a su marido, y a ella, ratificaua, y aprobaua el vinculo del tercio y quinto

que

que auian hecho el año de 601. y aora de su voluntad lo incorporaua en este Mayorazgo, respecto de la dicha mejora de tercio y quinto. Y supuesto que no podia vincular segunda vez por la facultad legal, mucho menos podia ratificar, porque aquel vinculo no necessitaua de ratificacion, ni tampoco podia incorporarlo en el del año de 9. porque para esto era necessario facultad Real, con mencion particular, y no la tuuo: y la incorporacion supone sujeto, y pues no le huuo, pues el vinculo fue nulo, no pudo auer incorporacion, ni pudo valer de per se, como disposicion principal; porque no tuuo facultad Real, ni legal para hazerla: y assi *ex vtroque latere*, fue nula la escritura, y disposicion del año de 609. y fue notorio agrauio dar grado por ella, y prelacion en perjuyzio de los acreedores: porque auiendose de atender solo al vinculo del año de 11. pues a el quedaron reducidas todas las fundaciones antecedentes, vienen a ser anteriores todos los acreedores, y tienen notoria prelacion al vinculo.

13 Y como quiera que sea, aunque se considere el vinculo del año de 601. o el de 609. de la mejora por la facultad legal, siempre han de ser preferidos los acreedores, etiã posteriores; porque aunque la mejora sea irreuocable *quoad meliorantem, taliter* que el por su voluntad expressa no la puede reuocar, con todo si los bienes se disminuyessen sin fraude, la ley la reuoca, porque dispone que se atienda al estado y valor, que los bienes tuuieren al tiempo de la muerte, y entõces se han de sacar las legitimas, *deducto ære alieno*: y el tercio es legitima, y no ha de ser de mejor calidad el mejorado, para que saque præcipuè la mejora, sin contribuir en las deudas, como los demas hijos, *vt expreßè disponitur in l.* 23. *Tauri*, que es la *l.* 7. *lib.* 5. *tit.* 6 *recop.* y en la *l.* 19. *Tauri*, que es la 3. *dicto tit.* 6. *lib* 5. y en la *l.* 21 *de Toro*, que es 7. *dict. tit.* 6 *recop.* Desta opinion fue el señor Molina *lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 82. donde se enmienda, y declara lo que auia dicho en el *lib.* 1. *cap.* 10. *num* 10. *y* 11. y otros muchos, que refiere y sigue el señor Doctor Don Iuan del Castillo *lib.* 4 *cap.* 35. *per totum, præcipuè num.* 58. *cum seqq.* donde habla en terminos de mejora irreuocable y assignada. Lima *ad Molin. dict. nu.* 81. *&* 82. Y esta es mas verdadera opinion, y de mejores fundamẽtos, y en conformi-

formidad della se determinó en esta Real Audiencia, en el caso que refiere el señor D. Iuan del Castillo.

14 Y esto procede tambien, aun en caso que aya auido assignaciō de bienes: porque la substancia de la mejora no consiste en los bienes assignados, sino en la quota y cantidad, y la assignacion solo es *demonstrationis gratia*, para la seguridad de la paga: y assi los bienes assignados se pueden enagenar, sin perjuyzio de la mejora, *vt tenet Tello Fernandez in l. 17. Tauri. num. 127. quia non datur res assignata de per se, sed fit solutio in ea quota donata secundùm valorem, quæ tempore mortis reperientur, iuxta l. 19. y 23. Tauri.* Y dize, que assi lo alegô y obtuuo in causa ardua, *quod est verum sine replica.*

15 Lo mismo dize Matienço *in l. 10. tit. 6. lib. 5. recop. gloss. 3. num. 6.* Angulo *in l. 3. gloss. 2 num. 1. & seq.* y en la *l. 7. gloss 4. num. 2.* lo estiende, aunque se aya entregado la cosa assignada. *Nam licèt ea alienari non possit, ex quo per per traditionem transibit in dominium, & possessionem filij: tamen si habito respectu ad bona, quæ pater reliquit tempore mortis, tertium, & quintum non capit talem rem assignatam, defalcatio fiet, habito respectu ad illud tempus, &c.* Latissimè comprobat ipse Don Iuan del Castillo, *dict. cap. 35. num. 69. lib. 4.* y en el *num. 67.* dize, que esto procede mejor, *si traditio fiat per constitutum, vel traditionem instrumenti, quia si adhuc remanent bona apud meliorantem, ea possunt alienari, quia multum interest, an in assignatione consistat substantia meliorationis, vt quando rei assignatæ traditio fuit, an in ea non consistat substantia, licèt melioratio aliàs irreuocabilis sit ex constituto.* Y para esto es notable texto la *l. Lucius Titius, ff. de donat.* donde auiendose hecho vna donacion irreuocable de vn fundo, *ante traditionem* lo hipotecò el donante: y duda el Texto, *Quæro an donatio perfecta sit?* Responde, *Secundùm ea, quæ proponereatur, perfectam esse; verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.* Y por este Texto en terminos de Mayorazgo, hecho por causa onerosa de matrimonio, resuelue en fauor de los acreedores. Phebo *decis. 84. num. 8.* Mastrillo *decis. 29 y 27. & ex pluribus* Antonius de Amatis, *variar. resolut. 26. num. 2. quem refert in terminis* D. D. Iuan de la Rea, *allegat. 76 tom. 2. num. 17.* Burgos de Paz, *consil. 14. num. 23. vbi etiam loquitur in specie.* Palacios Rubios, *in l. 19. de Toro.* Angulo *de meliorationibus, in l. 7*

gloss.4.num.8. donde dize, que la *l.17. de Toro,* que es la *l.1. tit.6.lib.5.recop.* que disponen, que las donaciones donde huuiere entrego y constituto, y causa onerosa, sean irreuocables, no les dâ mas priuilegio que la irreuocabilidad; y no por esso se ha de atẽder al valor del tiempo del contrato, sino al de la muerte, y siempre lleuan en si esta condicion tacita, que han de caber en el valor de los bienes al tiempo de la muerte. *Sed conditio* (dize Angulo) *quæ resultat ex relatione ad tempus mortis, de qua in hac lege, non videtur tolli.* Y mejor lo dixo en la *gloss.1.num.25.* Lo mismo tiene Mieres *de moiorat.1.p. quæst.49 per tot.* y en el *num.3.* explica la *l.23. de Toro,* y dize, que no es necessario, que en la mejora irreuocable del tercio y quinto, se especifiquen los bienes, *Quia est quoddam ius vniuersale respiciens augmentum, aut diminutionem in bonis:* y assi comprehende los futuros, y los que se hallaren al tiempo de la muerte. Y en el *num. final,* equipara la donacion irreuocable *ex traditione scripturæ, y ex causa onerosa;* de que habló la *l.17. y 44. de Toro:* porque todos son iguales en la irreuocabilidad, y en el tiempo de la muerte. *Latè* Matienço *in l.7.tit.6.lib.5.recopil.gloss.2.per totum:* donde dize, que la razon porque se ha de atender al tiempo de la muerte, es porque la mejora de tercio y quinto es *Quota bonorum, & non hæreditatis,* y assi se ha de sacar, *deducto priùs ære alieno,* como la legitima: y el tercio tambien es legitima; *Et si aliud tempus consideretur, minui possit legitima filiorum.* Y assi, aunque el padre pague a vn hijo su legitima, y se la entregue, toda via puede pedir suplemento, si crecen los bienes: *Tradit* Palacios Rubios *in l.19. Tauri, num.3. & 13.* donde reprueba la distincion *quotæ bonorum, vel hæreditatis:* porque de qualquiera manera se ha de atender al estado de los bienes, *tempore mortis.* Y por la misma razon ha de estar sujeta la mejora a la diminucion, aunque el contrato sea irreuocable por alguno de los medios de la *ley 17. de Toro, vt ait* Matienço *vbi proximè, num.5 & 6.* y en la *gloss.3, num.1.* tiene por tan comprehensiua esta ley de qualquier contrato, para que se atienda al tiempo de la muerte, que solo lo limita en la dote, que tiene eleccion de tiempos, por la *l.29. de Toro,* en la qual ay razon especial.

16 Y no ay mejor texto, ni doctrina para este punto, que la

la executoria que ay en este pleyto sobre esta misma duda, de que se haze mencion en el *memorial, fol. 3.* donde auiendose mouido la duda del tiempo, en que se auia de computar el valor de los bienes, para sacar la mejora, y auiendose determinado en vista contra los acreedores, en reuista se reuocò el auto, y se determinó assi; *Aora haziendo justicia, declararon que el tercio, y remanente del quinto de la dicha mejora se deue computar, y sacar solamente de los bienes que dexaron los dichos Fernando de Torres del Salto, y Doña Francisca de la Cerna, al tiempo de su muerte, pagando primero, y ante todas cosas las deudas hasta alli contraidas: y en grado de reuista assi lo proueyeron, y mandaron.*

17 Esta executoria no tiene respuesta, ni admite las interpretaciones, que la parte contraria dâ a las otras executorias, en que se mandaron vender los bienes, ni la reserua pudo caer en disposicion tan clara, ni alterarla: porque ya se sabe, que no dà, ni quita derecho. Y quando la duda de las executorias, que hablan sobre la venta de los bienes, y la reserua obrassen abrir la puerta al juyzio, para que la otra parte pueda ser oydo sobre el derecho de los vinculos; tamen no puede obrar en prejuyzio desta determinacion, que habla solo en la computacion de los bienes al tiempo de la muerte, y la prelacion de las deudas, pues bien puede ser, que no estè vencido el derecho de los vinculos, hoc est, si pudo, o no pudo fundarlos Doña Francisca; y que en caso que los pudiesse fundar, tuuiessen prelacion los acreedores, por auerse de computar los bienes al tiempo de la muerte: porque estas dos cosas se compadecen, por ser como son diferentes, y distinctas.

18 Y comoquiera que sea, aunque no huuiera executoria, como la ay, en este punto la resolucion de derecho es llana en fauor de los acreedores, y mucho mas en el vinculo del año de 601, que fue simpliciter del tercio y quinto de los bienes que quedassen al tiempo de la muerte de los fundadores, sin asignacion de bienes: y este mismo vinculo fue el que incorporò Doña Francisca de la Cerna en las fundaciones posteriores, y assi se entiende estar subrogado, y incorporado *sub eadem qualitate,* de que se compute el valor de los bienes al tiempo de la muerte.

Y esto

37

19 Y esto procede sin duda en la legitima materna: porque no se pudo vincular, ni entregar en vida, ni en muerte, *non deducto ære aliedo, l. cùm quæritur, l. siquando, §. 1. C. de inoffic. testam. authent. nouissima, C. eodem Dom. Præses Cobarr. in cap.* Raynutius *de testamen. §. 1. num. 8.* Matienço, *in l, 3. gloss. 4. num. 1. & in l. 7. gloss. 2. num, 3. tit. 6. lib. 5. recopil.* Cancerius *lib. 1. variar. cap. 3. num. 15.* Gratianus *discept. 134. num.* 24. Rodrigo Suarez *in l. quoniam in prioribus, nu. 9.* y la legitima es *quota bonorum*, y sucession vniuersal, en que siempre se tiene respecto al tiempo de la muerte. Gratianus *discept. 178 num. 5. tom. 1.* Aflictis *decis. 161.* Tello Fernandez *in l. 23. Tauri, num. 2. in fin.* Matienço *in dict. l, 7. gloss. 2. num. 2. tit. 6. lib. 5. recop.* y en el *num. 6. securé affirmat*, que si al tiempo de la muerte se hallaren disminuidos los bienes del padre, *de cuius successione agitur*, los otros hijos podran repetir el exceso. *Sic enim ait Matienço: Secundò infero, quòd quemadmodum in legitima consideratur tempus mortis, atque ideò licet filio in vita patris fuerit assignota, si tamen bona aucta fuerint, poterit petere supplementum, vel si diminuta, possint fratres petere residuum, vt in l. siquando, §. 1 C. de insffic. testam. Optimé* Paulo de Castro *in l. in ratione, la 2. num. 5. ff. ad legem falcidiam, de cuius intellectu optimè disputat Mangilius de imputat. quæst. 9. num. 54. & 55. & Morlinus de legitima, lib. 5. q. 7. num. 14. & 15.*

20 Y por esta razon procede lo mismo en la mejora del tercio y quinto: como lo resoluiò el señor Luis de Molina *de primog. d. lib. 4. cap. 2. n. 82. ibi: Secundus casus, ex quo maioratus semel perfectus, absque Regia tamen facultate institutus, reuocari, seu limitari potest, est diminutio bonorum institutoris ex post facto contingens: cùm enim valor tertij, & quinti, secundùm tempus mortis æstimandus, atque considerandus sit, ex l. 23. Tauri, quæ hodie est l. 7. tit. 6 lib. 5. in noua Legum recop. Consequens est, vt si eo tempore bona maioratus institutoris diminuta sint, maioratus alias etiam irreuocabilis effectus diminuendus sit. pro rata diminutionis patrimonij ipsius institutoris, quod ex dicta l. 23. Tauri palam deducitur & consentit perdoctus P. Molina de iustit. & iure, tom. 2. disput. 587. num. 6. ibi: Si maioratus ex tertio, & quinto sit irreuocabiliter institutus in aliquibus bonis determinatis, posteaquam decrescant bona institutoris: itaque tempore mortis, deducto ære alieno, non tot bona ad tertium, & quintum pertineant, reuocari eum maioratum, quatenùs iuxta quantitatem bonorum, quæ tempore*

7

pore mortis fuerint reperta, contigerit legitimas, seu portiones aliorum liberorum, eoquòd cum habetur l.23. Tauri, tertium, & quintum accipienda sunt, attenta quantitate bonorum, quæ reperta fuerint tempore mortis meliorantis, & disponentis. Idem tenet specificè Alvarado *de coniect. mente defuncti, lib. 3. cap. 2. num. 58 vers. ea tamen, dum sic ait. Ea tamen, quæ diximus circa diminutionem, vel extinctionem meliorationis iam factæ, eo casu intellige, quo mortis patris tempore bona eius diminuta non reperiuntur, cæterùm si diminuta reperiantur, cum ex l. 23, Tauri, quæ hodie in noua legum recollectione habetur in l.7.tit.6.lib.5. valor tertij, & quinti secundũ tempus mortis considerari debeat diminutio ex post facto contingens ipsas meliorationes, & maioratus institutiones vsque ad tempus disponentis mortis minuit, easque ad eius patrimonium reducit ex debitis: ergo tam ex contractibus, quàm ex delictis postea ortis meliorationis, vel maiorationis ante factæ diminutio fit, vt filiorum legitimæ omni tempore saluæ sint, & in earum fraudem aliquid fieri non posit, vt verificentur verba notabilis, & ad hoc noua considerata, l. 8. tit. 4. partit. 5.* ibi: *En tal manera, que toda via finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre, como despues de su muerte.* Consentit Azeuedo *in l. 3. tit 6. lib. 5. noue recop. num. 22.* Andreas de Angulo *in l. 5. glossa 4. num 4. tit. 6. lib 5, recop.* ibi: *Habet tamen adhuc in hoc ista melioratio, quid speciale, quòd non solum minuitur ære alieno præterito causato vsque ad tempus factæ donationis, sed etiam remanet obnoxia, vt posit minui ratione æris alieni futuri: omnia enim hæc debita prius extrahenda sunt, vt fiat dimensio meliorationis veri tertij, & quinti, &c.* Et repetit latiùs *in l. 7, glos. 1. num. 16. &c.*

21 Y contra esta resolucion no haze embaraço la opiniõ de Auendaño *in l. 44 Tauri*, y otros que refiere Noguerol *allegatione 20. num. 128.* Lima *ad Molin. lib. 1. cap. 10. num 10.* y 11, que resueluen, que siendo la donacion irreuocable, y con hipoteca, no se puede reuocar por las deudas despues contraidas, porque se an de entender en caso que el padre que mejorò no tenia otros hijos, a quien prejudicar en las legitimas, y desta manera concuerda las opiniones, y se declara y enmienda el señor Luys de Molina *dict. lib. 4 cap. 2, num 82*, a quien tambien refiere y sigue Iuan Gutierrez *lib. 2, practicar. quæst. 53. in fine*, donde aprueba esta distincion, ibi; *Sed in hoc est tenenda distinctio,*

 quam

quam ibi cum iudicio obseruabit idem Molina lib. 4, cap. 2, num. 82 a quien tambien refiere y sigue el señor don Iuan del Castillo, *dict. cap. 33, num. 66*, y el mismo Iuan Gutierrez en la question 60, del libro 2, de las practicas, siguiendo esta misma dotrina, dize, que no se puede hazer mejora, ni donacion irreuocable, que se atienda al tiempo del contrato, sino al de la muerte: *quia accidere facile posset tempore mortis nulla alia bona ex hæreditate parentis meliorantis supereße præter tertium, & quintum, sicque melioratus omnia bona eiusdem parentis consequeretur, quare ne hoc in vllo pacto, vel casu contingat, disposuit nostra lex valorem bonorum in proposito, considerandum eße secundum tempus mortis, non veró meliorationis*. Y lo mismo dixo en la question 101, del lib. 3, *num* 9, y 10. Nouissimè el señor don Iuan de la Rea *dict. allegatione 76, tom, 2, per totum*, donde habla en donacion irreuocable por contrato oneroso de matrimonio: & tamen, resuelve en fauor de los acreedores por los fundamentos referidos: es lugar digno de verse, porque lo junta todo.

22 Y contra esto no obstará lo que opone don Francisco y sus Abogados, videlicet, que este es derecho proprio de los otros hijos agrauiados, que se auia de intentar por quexa de inoficiosidad, y este es derecho meramente personal, y no de los acreedores.

23 Porque se responde, que los mismos hijos intentaron la querella de la inoficiosidad cõtra la disposiciõ q̃ la madre auia hecho, como consta del testimonio, q̃ está a foj. 818. del ramo 2, y con este derecho salieron a este pleito 816, y despues salio la executoria, en que se atendiesse el valor de los bienes al tiempo de la muerte, con que prepararon la querella, y la pueden proseguir los acreedores, porque los otros hijos estàn obligados a la satisfaciõ de las deudas de la madre, porque acetaron su herencia: assi lo resuelve Angulo *de meliorationibus. lib 7, glossa 1, nu.* 19. y los mismos acreedores pueden proseguir este derecho, tanto por si mismos, como por cabeça de los otros hijos, pues son sus deudores, como herederos de la madre, en cuyo derecho suceden los acreedores: assi lo resuelue Magonio en la decision Florentina, 10. num. 14, Socino *cons. 113. lib. 1, num. 8. controuersis consi 91. lib* 11. *nu.* 2.

de

de tal manera, que en perjuizio de los acreedores no pudieron dexar de proseguir el pleito, ni renunciar tacita, ni expressamente el derecho de las legitimas, de que se auian de pagar las deudas, *vt tenet, & comprobat* el señor don Iuan del Castillo *lib. 5. cap. 112. num. 51*, Fontanela *de pactis, clauf. 4, gloff. 9. p 5, ex num. 12. y 118, vsque 122.* Peregrino *de fideicom. art. 3. á num. 128, vsque 133.* Ancarrano *conf 101* Menochio *conf. 77, volum. 1, vbi ait plené, quòd esset diminuere proprium patrimonium debitorum, quod non licet cum redundet in fraudem creditorum, l. non fraudantur, ff de reg iur. Optimé Gratianus discept. 594 tom. 3, num. 15*, donde resuelve, que el derecho de pedir las legitimas es transmissible a los acreedores, *siue filius in vita illas petierit, siue non*: porque este derecho *semper transfertur, licet filius in vita tacuerit, nec aliquem actum fecerit pro legitima consequenda, vt ait num. 17.* Y lo mismo resuelue en la decision Marchia 4, num. 22, y 30. y en la disceptacion 983, num. 19 tom. 5. y este derecho de reuocar la donacion inoficiosa y nula es cessible, *vt tenet Baeça de non meliorandis, cap. 32. num. 15, y 17*, y assi viene en la obligacion general hecha en fauor de los acreedores, etiam aunque no se diga *l. 3, C, de hæreditate, vel actione vendita*, Negulencio *de pignor. 2 membro, secundæ partis, num. 8. cum seqq* y todo lo juntò y disputó abundantemente Mercurial, Merlino *de legitima, lib 3, tit 2, q. 29* donde disputa y resuelue este punto en fauor de los acreedores *ad saturitatem.* Y assi no es dubitable, que los acreedores tienen prelacion al vinculo que fundô doña Francisca de la Serna del tercio y quinto, y de la legitima materna: *tum*, porque los acreedores son anteriores a la fundacion del año de 11. que es a la que se ha de estar; pues a ella quedaron reducidas todas las demas fundaciones antecedentes: *tum etiam*, porque aunque se aya de atender a ellas, se ha de cõsiderar el valor de los bienes al tiempo de la muerte de la dicha doña Francisca; y los acreedores contraidos los diminuyen, *maximé*, auiendolos contraido la misma doña Francisca, y el mismo don Gabriel Torres del Salto, el qual por su misma obligacion, y los otros sus hermanos como hederos de la madre, están obligados a pagar las deudas: y por este titulo los acreedores suceden en el derecho de los vnos, y de los otros, &c.

En

En quanto a la disposicion delas legitimas vinculadas, en que consintio don Gabriel.

24 TAmbien suplican los acreedores de la sentencia de vista, en quanto prefiere y tiene por vinculadas las legitimas paterna y materna, y en esto se les haze agrauio, porque no corren con igualdad estas legitimas, pues la paterna eran bienes proprios de don Gabriel, por auer sele diferido por muerte de su padre: y la otra aun no la auia adquirido, pues toda via viuia su madre.

25 Y de esto resulta, que en la paterna no pudo disponer la madre, porque no eran bienes suyos; y lo que dispuso fue suponiendo, que podia hazerlo por la facultad Real, y por el poder de su marido, y ni tuuo vno, ni otro, ni tampoco tuuo facultad legal, por si, ni por su marido, ni la podia tener en los bienes que eran proprios de su hijo; y assi fue preciso el consentimiento de don Gabriel. Con lo qual el fue el verdadero fundador, y disponente, *ex doctrina Baldi in l. vt proponis, de seruo pignor. dat manumiss.* ibi: *Multum enim refert, an consentiens sit dominus, & tunc proprié facit, an non sit dominus, & tunc non facit, sed non impedit, id est, quandam obstantiam de medio tollit· sequuntur* Tiraquelus *ad ll. connub. l. 16, verbo contractor, gloss 5, nu.* 150 Gonzalez *in regula* 8. *glossa* 47, *num.* 19, Y regularmente el que consiente en la donacion de sus proprios bienes hecha por algun tercero, es visto que el los dona, *l. seruus* 38, §, 1, *ff. de donat. inter vir. l. 2. C, si aduersus venditionem*: Bartolus *in l. quæ dotis* 34, *ff, solut. matrim. num.* 15, Iasson *in l. si liquet, C, de inoffiɔioso testam.* Donde aduierte Baldo, que la insinuacion desta donacion se debe hazer *tanquam facta, non quidem a donante, sed à consentiente domino: sequuntur Albertus, Brunus in Reporto. statut. verbo insinuatio*, Aretinus *consi*, 127. *colum.* 2, Additionatores *ad Molinam, de primog. lib.* 2, *cap* 2, *num* 7, Tiraquel. *in l. si vnquam, verbo donatione*, largitus *num.* 394. *& in ll. connu. l* 16, *verbo contractor, gloss.* 5, *num*, 149 y esto no por ficcion, sino *verè, & propriê, l. in ædibus*, §. 2, *ff. de donat.* ibi. *Quód filius familias patri iussu, aut voluntate donauit: perinde est, ac si pater ipso donauerit*: Tiraquelus *post Bald. quem allegat vbi proximê num.* 250. ibi, *Et ita quidem, vt ipse id propriè facere censeatur, ac si ipse faceret cum sit dominus rei: & g num.* 346, *& ad gloß.* 5, *num.* 150. Concluye, que la disposicion

cion de la *l. si vnquam*, que va interpretando, tiene tambiē lugar, y se deue praticar en el que consiente, que otro hagɑ donacion de sus bienes, como en el que derechamente la haze: y libertando el hijo a el esclauo de su padre, *ipso patre consentiente*, es lo mismo, que si el padre le diera la libertad, *l. pater 22, ff. de manu vindicta*, ibi. *Cæterum ipse manumittit.* Y siendo assi, *quòd ex manumissione ius patronatus acquiritur manumittenti, vt sunt iura vulgata, quæ cumulat Antonius Pichard. instit. de suces. libertor. in* Rubric. en la especie propuesta, no al hijo que manumite, sino al padre que lo consiente, se le adquiere el derecho de patronazgo, *l. si cōsentiente 16, ff. de manumissionibus, l. nepos 22. ff. eod.*

26 Y con ser necessaria causa legitima, para que el menor de veinte años pueda dar libertad, §. *eadem lege, instit. qui & ex quibus causis manumit. toto ferè tit. ff. de manumiss. vindict. a vsque num. 68.* En este caso no se requiere: *& vacat causæ probatio ob patris consensum, verba sunt Modestini in d. l. consentiente, ff. de manumiss. ac perconsequens*, aunque sea valido el mayorazgo *propter consensum filij, cuius consensu, & voluntate factus ad instar filij seruum patris manumittentis, de quo affirmat Papinianus in d. l. si consentiente, quod patris fit libertus, dum sic ait: Si consentiente patre, filius minor annis viginti seruum eius manumiserit patris faciet libertum; & apertiùs repetit in d. l. nepos 22.* ibi: *Sed manumissus patris, vel aui libertus est* Donde notó, que Papiniano hablô por *verba proprietatem, non fictionē significantia: verbum enim est, vel facit proprietatem: denotant glossa in l. siue possidetis, C. de probat.* Bartol. *in l. si maritus, §. 1. ff. de adulterijs, & alibi passim Doctores, amplius igitur dubitandum non erit*, que el mayorazgo hecho de la legitima del hijo ya adquirida, y hecha su proprio patrimonio, es mayorazgo del hijo, *veré, & proprié*, y que no se le puede negar la facultad, y poderio, que por derecho tiene qualquier fundador de mayorazgo.

27 Desto resulta, que don Gabriel pudo reuocar el mayorazgo de su legitima paterna, como verdadero y pròprio instituidor, de quien habla la ley 44, de Toro, que oy es *l. 4, tit. 7, lib. 5, recopil.* y a quien concede libre facultad para despues de instituido el mayorazgo, reuocadolo todo o en parte, *vt contra Peraltam conclu dit Molina de primogen lib. 4, cap. 2. num. 1*, Auendaño *in dict. l. 44 glossa 6, num. 2*, no

dandose en la fundacion vno de los tres casos, que excep tua, o de sus semejantes, ninguno de los quales concurrio con el consentimiento que prestô don Gabriel; porq̃ aunque interuino su madre, fue mediante el vinculo que ella le hazia, por cuyo respeto consintio don Gabriel en el grauamen de su hazienda, y auiendo faltado aquel vinculo, pues fue nulo por falta de facultad legal, y Real, cessò tambien el consentimiento de don Gabriel, y el grauamen, porque fue correspectiuo, vt infra dicemus. Esta correspectibilidad la niegan los abogados contrarios: por lo qual es preciso, o que confiessen, que el vinculo q̃ hizo de sus legitimas don Gabriel no fue por causa onerosa, o que fue correspectiuo del vinculo que se fundaua en virtud de la facultad Real, y qualquiera destas cosas, q̃ digan, *habebimus intentùm, vt ait prouerbium, incidant in Scillā, cupientes euitare Charybdem.*

28 Y que lo reuocase con este efecto se verifica bien con auer impuesto tantos tributos como desde luego impuso sobre los mismos bienes, e hipotecas, assi especiales, como generales, que dellos hizo juntamente con su madre, porque este hecho se tiene por bastante para expression de la voluntad de reuocar el mayorazgo, o donaciō, quando por su naturaleza son reuocables: porque como *actus reuocationis dependet ab animo donantis,* Surdus *de alimētis tit.* 1. *q.* 48, *num.* 48, Mieres *de maiorat. p.* 1. *q,* 43, *num.* 59, y este se declara bien, no solo con palabras, sino tambien con el hecho, *l. Paulus, ff. rem ratam habet. l.* 1, *& l.* 18, *tit.* 6, *p.* 6, y aun es mas eficaz, que las palabras, *l. si tamen, §. ei, qui vbi* Zephola *ff. de ædictis ædicto,* Bald. *cons.* 8, *lib.* 1, *& in l. non ignorat, C qui accusare,* Auendaño *in l.* 44. *Tauri, glossa* 6, *n.* 4, Mieres *de maiorat. p.* 1, *quæst.* 36, *num.* 41, Tellus *in l* 17. *Tauri, num,* 217, Fontanela *de pactis nup. claus.* 4. *glossa* 18 *p.* 2, *num.* 33, *&* 34 ninguno puede ser mas significatiuo de el animo y voluntad reuocatoria, que el enagenar los mismos bienes voluntariamente: *argumento textus in l. rem legatam, ff. de adimend. legat. Secùs si in voluntate, l. fideicommissa. §. si rem, ff. de legat.* 3, *l.* 17, *tit.* 9, *p.* 6. Y hablando en donacion, *causa mortis, docuit Dinus in l. Stichus, qui meus erit, ff. de legatis* 1. Bart. Bald. *& alij ibidem,* Tellus *in l.* 17, *Tauri, num.* 117. Mieres *de maiorat. p.* 1. *q,* 43. *num.* 72. Caldas *de iure emph.* 3, *p. de potest.*

potest.elig.num 37.in fin. Donde afirma, que el nombramiẽto fecho para suceder en vna de las vidas de la emphiteusis, *tacité censetur reuocatum ex alienatione voluntaria.* Gratianus *discept.251.nu,32.quippe omnia, quæ in legatis statuta sunt, & in donatione causa mortis locum habere: probat text.in l. illud, ff.de donati.causa mortis.* Y con ser el precario contrato entre viuos, *licet ad libitum concedentis reuocabilis, adhuc ex alienatione voluntaria reuocatur textus: & ibi glossa in l. quæsitum, §. illud, ff. de precario:* Socinus *notanter in l si quis antea conduxit num.16 ff. de acquirenda possessione,* Tellus *in d.l.17.num.119.* y en prioprios terminos de mayorazgo: *securè defendit Mieres dict.q.43.num.70.*

29 Y lo mismo obra hipotecar, o empeñar, especialmente los bienes, *argumento text.in l.cum hic status, §.si maritus, ff. de donat.inter vir.l.si maritus. l. 2, C. eodem tit.tradit Rebufus, tom.2.ad constitu.Reg.tit.de constit. redditum, art.1.glossa 14.n. 6.in expresso Mieres dict.q.43.numer. 111,* y aunque lo limita, *vt solùm procedat,* quando la obligacion, e hipotecase hizo por tanta cantidad, *quod non sit species luitionis: argumento textus in l. qui habebat, in principio, ff. de legatis 3. cum resolutis per Bart.in d.l.rem legatam.in fine,* Gratianus, & Caldas *vbi supra, ille num.44, & 46.iste num. 38.* Bien podemos passar con la limitacion, pues don Gabriel, y su madre con tanto excesso causaron debitos desde luego que otorgaron la escritura de mayorazgo de el año de nueue, que no tienen bienes en todos quantos vincularon para pagar la mitad de las deudas de especial hipoteca.

30 No menos significatiuo de la voluntad de reuocar es el acto de imponer censos, o tributos sobre los mismos bienes, como lo notò Angulo *de meliorat.l.1, glossa 4. num. 32* y Auendaño *de censibus, cap.62, num. 4, vers. si verò* y que prohibida la imposicion de censo, o tributo, *docuit Bald. in cap.1.§,1.tit.per quos fiat inuestitura, numer.2, & 3, Paulus Æmilius de cess.17.lib.5.* Mastrillus *ad Petrum Gregor. de censibus, q 9.num.31, arg.l.fin.C.de reb. ali.non alin.* Sin que obste dezir, que sin embargo de la imposicion, *adhuc imponẽs censum.remanet dominus bonorum*: pues vemos, que aunque el que hipoteca sus bienes, especialmẽte, *remanet dominus,* todavia basta para que se aya por reuocada la donacion; *d.l.cum hic status, §.si maritus, ait, ea, quæ donauerit.pignori dederit*

derit, vtique eum pœnituiße dicemus, licet dominium retinuit. Y aora la imposicion del tributo se tenga por venta, como quiso el señor Presidente Couarrub. *lib. 3, variar cap. 7, n. 1 ex qua deberi gabellam*, Gutierrez *docuit cum alijs tractatu de gabellis, q. 54. & 55.* Baldus, Molin. *Theologus, & alij relati per Auendaño de censibus, cap. 17. num. 1.* Aora por hipoteca como dixeron Speculator *in tit. de locato, §. nunc aliqua, vers. 36. & 99. sequuntur Castellus in d. l. 74. Tauri.* Auendaño *respons. 12.* alter Auendaño *de censibus, d. cap, 17. num. 21.* Toda via es bastante para verificacion dela voluntad de reuocar, como se prueba bien claro *ex Imperatoris rescripto, in d, l. si maritus, C. de donat. inter: Si maritus (inquit) tuus creditores sortitus post factam in te donationem, fundum, quem ex donatione iuri tuo vindicas ijdem specialiter obligauit eandem obligationem defensionis tuæ firmitatem interumpere intelligere debes, cũ sit manifestum non solum huiusmodi obligatione, sed etiam donatione, vel venditione, vel alio quolibet modo rebus alienatis reuocatã esse a viro in mulierem factam donationem* : por la incompatibilidad que tienen estos actos con la consistencia de la donacion, o mayorazgo : *& inter incompatibilia regulare est, quòd positio vnius inducit renuntiationem alterius, l. similiter, §. fin. ff. quòd metus causa, l. hæc verba, ff. de verbor signi. l. si cui legatum, ff. de condition. & demonst.* Menoch. *cons.* 196. mayormente para excluir el delito, como lo fuera, pues siendo bienes vinculados, y queriendolos dexar por tales, los vẽdiera, o hipotecara, o impusiera tributo sobre ellos, como si fueran libres, engañãdo al comprador, o acreedor, *l. 3. ff. de crimine stilion. in principio, l, 7. tit. 16. p. 7, l. 2, tit. 11. lib. 5. recop.* Felician. *de censibus, in principio, in prœmio, num, 29. in fin.*

31 Y porque no parezca el discurso singular, entre otros que lo hizieron antes, solo referirè a Corneo, *qui satis a d rem, cons. 225. num, 2 lib. 2. in hunc modum ratiocinatur : Talis enim descriptio non videbatur posse fieri, nisi de re communi, & consequenter erit ex illo actu iudicanda societas, ex qua causetur communio, cum non videatur, quòd actus ille potuerit licitè fieri citra ius societatis: ergo societas censetur contracta: arg. l. pro hærede ff. de adquirenda hæreditate, & l. societatem coire, ff. pro socio.* Et per Bartol *in l. Titium, & Meuium, §. altero, ff. de administrat. tutor.* Per Baldum *in l. si patruus, C. cõmunia vtriusque iudicij*

in

in l.1.C. de test. in l. cum oportet, in principio, C. de bonis, quæ lib. nec videtur interpretandus actus illicitè celebratus in fraudem, scilicet, reipublicæ, argum. l. meritò, ff. pro socio, l. quoties, § si dolo, & argum. l. omnimodo, C. de inofficioso testam. cum simil: iudicetur ergo potiùs illam descriptionem factam in communi, catastro animo & intentione, vt sint bona communia, & ratione societatis, & si e licitè potiusquam animo fraudandi suam communitatem gratia, scilicet soluẽdi pautiores collectas, seu alia onera. Hactenus Corneus. Que no puede mejor apoyar nuestro intento, porque precisamente se á de cõfesar, q̃ el animo de don Gabriel y su madre fue de reuocar los mayorazgos, que auian fundado cada vno por lo que le tocaua, *potiusquám* defraudar los acreedores, diziendo, que eran bienes libres, siendo vinculados.

32 Y no obsta contra esto la dotrina de Flores de Mena *ad Gammam, decis.* 218. donde resuelue, que quando el hijo acetô la herencia, y despues consintio el grauamen de su legitima, no estâ obligado a pagar los acreedores contraidos despues; *aduersus ipsum Gamam*, que siente lo contrario.

33 Porque si se considera la legitima paterna, ya adquirida, era patrimonio proprio de don Gabriel, y el fue principal instituidor del vinculo, y pudo reuocarlo tacita, y expressamente, contrayendo deudas, porque fue acto reuocable, porque no tuuo ninguno de los requisitos de la *l.17 y 44. de Toro*, ni los pudo tener, porque fue donacion hecha en su fauor, y de vn mayorazgo imaginario, que fundaua su madre en el mismo.

34 Y el fundamento, porque se mueue Flores de Mena, q̃ es dezir, que quando el hijo consintio grauamen en sus bienes proprios, es visto donarselos inter viros al padre. *Ac perconsequens iudicari debet patris integra dispositio*, en cuyo perjuizio no puede el hijo contraer deudas que se deban pagar de los bienes vinculados: no es fundamento cierto, ni lo funda con texto, ni dotrina, y es contra disposiciones claras de derecho, que disponen, *que no por consentir, que otro disponga de mis bienes, se infiere, que le hago donacion de ellos; antes lo contrario, porque si consiento que lo hipoteque, y vale la hipoteca, mero jure, tamen, tengo accion, vt pignus luat, & rẽ liberam mihi restituat, l. si vt certum, §. nũc videndũ, ff. commod.*

 Y si

Y si consiento en la venta de mis bienes, adhuc possum repetere pretium, l. mater, C. de rei vindicat. l. in fundum per fideicommissum, ff. de legat. 1. Barbosa *in l. quæ dotis, á nu 140, ff. soluto matrim. Y si consiento donationi rei meæ, no son dos donaciones, sino vna, que yo hago al donatario, no al donante, vt tradit Bartolus in d. l. quæ dotis, num. 15. & faciunt supra tradita, num, 25.*

36 Y quando se conceda (sin perjuizio de la verdad) que dõ Gabriel donó su legitima paterna a su madre, no por esso se mejora su derecho; porque correrá la misma fortuna que la otra legitima materna, de que ella era dueño, entonces, y vna y otra se deben considerar al tiempo de la muerte dela madre, pues ambas serian hazienda y caudal suyo, y es fuerça que se computasen en el valor de sus bienes al tiempo de la muerte, y primero se pagassen sus deudas contraidas por ella misma, pues de otra manera fuera en perjuizio de las otras legitimas de los demas hijos, cuyo derecho representan los acreedores por serlo de ellos, como herederos de la madre, *vt dictum remanet supra nu. 23.*

37 Cæterûm, no ay que hazer caso del acto y disposicion de don Gabriel de Torres, porque como quiera que se considere, el consentimiento que hizo del grauamen de sus legitimas fue nulo, por auer sido correspectiuo de la fundacion del mayorazgo, que su madre le hizo el año de 609. en virtud de la facultad Real, que para ello juzgó tener: y don Gabriel creyò le seria cierto y seguro, *non aliter consensurus grauamina, in quo tota consistit correspectiuitatis essentia, l. lecta, vbi DD. ff. de rebus creditis, Doctores etiam in l. bonæ fidei, l. petens, C. de pactis,* Tiraquelus *in l. si vnquam, verbo donatione, largitus num. 117. C. de reuocandis donat. & de retractu conuent. §. 1. gloss. 5. Sesse decis. 19. nu 2* Surdus *cons. 387. num. 6, & 7.* Ioseph. Ramonius *cons. 7, num. 36.* Y aunque la materia de correspectibidad es toda conjetural, y se induce por presunciones, *quemadmodum post Curtium seni. cons. 54. in fine,* Corneum *cons. fin. lib. 1.* Decius *cons. 279. & cons. fin.* Alban. *cons. 45.* docuit Menochius *de præsumpt lib. 6, præsump, 11. num* 1. En el caso presente concurrio la mas fuerte, porque en vn mismo instrumẽto fundó doña Francisca su mayorazgo, y don Gabriel consintio el grauamẽ en sus legitimas: *ita glossa in l. vt iuris iurandi, in princ. verbo liber-*

libertatis, ff. de operis libertorũ, Bald. *in l. petens, num.* 49. *C. de pactis*, Alexander *conſ.* 90, *lib.* 3. Menoch. *dict. præſump.* 12. *nu.* 4. *Seſe dicta deciſione* 19, *numero* 2, *plures glomerat more ſuo Giurba deciſ.* 85. *num.* 18, *quia cum plura ſunt poſita in eodem cõtractu, tunc vnum cenſetur alterius contemplatione poſitum, l. ſi vẽtri, § fin. ff. de priuileg. credit.* Bartol. *conſ.* 61. latè Becius *conſ.* 92, *num.* 6, Surdus *deciſ.* 155, *num.* 9 *&* *deciſ.* 157; *num.* 7. Siendo aſsi, que baſtarà aunque fuera en diferente inſtrumento, *dummodo eadem die, vel paulo poſt conficeretur, ſic reſpondente Anchar, conſ.* 434, Craueta *conſ.* 298, *num.* 13, Corneus *conſ.* 23. *in fine, lib.* 3. Menochio *vbi proximé num.* 28, *&* 32, *Seſſe dict. deciſ.* 19, *num.* 3, Beccius *conſ.* 45, *num* 30. *&* 31, Cephal. *conſ.* 544. *num.* 12, *vol.* 4. Decianus *conſ.* 10, *num.* 13, *vol.* 2, Gratian. *diſcept.* 692, *num* 42, *& diſcept.* 853, *num,* 31. Giurba *deciſ.* 85. *num.* 19, Gutierrez *de gabellis, q,* 66, *num* 11. *remanet igitur firmum correſpectiuum fuiſſe conſenſum à D. Gabriel præſtitum ad effectus exinde dimanentes decurrat oratio, &c.*

38 Raro es el interprete, q̃ dexe de tratar algo de la fuerça y efectos de la correſpectibilidad de los actos, el principal es el vnirles tanto entre ſi, que los haze vno: *ita* Craueta *conſ.* 298, *num.* 13, Seſſe *dict. deciſ.* 19, *num,* 3, *adeó vt non ſit dare prius, nec poſterius, ſed dicitur vnicus contractus*, Felin. *in cap. Paſtoralis, nu.* 7, *de reſcriptis*, Gabriel. *de præſump. concl.* 13, *num.* 17, *Rota Romana per Farinac. deciſ.* 428, *p.* 1, Gratian. *diſcept.* 759, *num,* 10, *& indiuiduus Gratianus dict. diſcept.* 692. *num,* 38, *quinimò*, les comunica vna miſma naturaleza, aſsi en lo ſuſtancial, como en lo accidental, *vt poſt alios docuit Rota Romana deciſ.* 95, *in fin. lib* 1, *in nouiſ.* Menoch. *dict. præſumpt.* 12, *num.* 3, *pacta quoque, & conuentiones adiecta vni præſumi, atque cenſeri repetita in altero, & vnum tribuere legem alteri dixit*, Corneus *conſ.* 61, *penult. colum. lib.* 3, Tuſcus *lit.* C. *concl.* 1044. *num.* 6, Alexander, *Raudenſis conſ.* 36. *numer.* 136, *Franciſcus de Ponte conſ.* 10. *num.* 9. Romanius *conſ* 8. *num.* 7. *& num.* 12. *& conſ.* 37. *num.* 186. De que reſulta, que anulado el vn acto de los correſpectiuos, eo ipſo, ſe anula el otro, *l. filio* §, *matri, l. alumna*, §. *Seia ff. de alimentis legatis, l. etiã § ex cauſa, ff. de minoribus, l. qua emptor in principio, ff. de reſcindenda venditione, l. Clemens*, §. *fin. ff. de hæredibus inſtituendis, docuit Baldus in dicta l. petens, numer* 49, Alexander *conſ* 150. *lib.* 3, Corneus *conſ.* 98, Alba. *dict. conſ.* 45. Craueta *conſ,* 246,

num.

*num.*4. Menochius *vbi supra, num.*2, Sesse *dicta decisione* 19. *num.*8, Gratianus *disceptat.*692 *num.*37, Giurba *dicta decisio.* 83. *num*, 24, Gonzalez *ad regulam* 8. *Chancelaria, gloßa* 27. *nu.* 4, Antonius Faber *in C. tit.* 11. *lib.*2, *diffinitione* 8, *in fin. præsumit quippe lex aliter futurũ non fuisset, vt partes contraherent, & tunc ex indiuiduo voluntatis vtrumque corruere, quia in correspectiuis est regula generalis, vt vnum sine altero deficiat, & tãtum vnum censetur promissum in quantum alterum correspectiuũ adimpletur: vt bene Aponte vbi supra, & prosequitur Petrus Bimius cons.*282. *num* 29, *lib.* 3. *Et stante correspectiuitate non esse faciendam diuersitatem vnius actus ab altero, sed vnum debere esse iudicium: dixit, alijs relatis, Gratianus disceptatione* 627, *nu.* 22. *disceptat.*914, *num.* 2.

39 Y con estos principios, que en si son infalibles, hallamos dicididos varios casos, *tam in disputando, quam in consulendo, & iudicando*: y por refresco de memoria la hazemos de algunos, que mas se carean con el presente: *In primis igitur prodeat celebris Rota Romana decisio* 542. *num.* 9 *parte* 1. *diuersarum, in cuius specie*, auiendo vno otorgado vn testamento, e instituido por heredero a su hermano, este instituido hizo donacion de sus bienes *fratri, a quo hæres institutus fuerat*: y despues el testamento se dio por ninguno: *ac consequenter donatio euanuit*, y esto *ex potentia correspectiuitatis* porque la donacion se juzgò fecha *causa, & respectu ipsius testamenti*, cuya nulidad influyô en la donacion, como correspectiua del testamento, *refert, & laudat Menochius d. præsumptione* 12, *num.* 18.

40 Decius *cons.* 182. *num.* 8, afirma, que la donacion hecha por el padre a el hijo poco despues de auerle su hijo hecho otra tal donacion, se presume auerla hecho el padre respeto y causa *donationis in ipsum â filio collatam*: de que saca por consequencia Craueta *cons.* 303. *lib.* 3 que si la vna es fingida y simulada, *sic similiter, & altera ob vim correspectiuitatis similis decisio apud Cancerium tom.* 3, *variar. cap.* 21. *à numer.*

41 *Idem* Craueta *cons.* 463. *num.* 9, & 10. *consulnit* que la fidelidad que el vasallo jura a su señor, es correspectiua de el pacto, y promesa que haze el señor, *scilicet, de obseruandis iuribus subditorum*. Y por el consiguiente, si el señor les quebranta sus fueros, y preuilegios, *non remanent subditi obligati ad obseruantiam iuramenti fidelitatis.*

Anto-

Antonius Faber *in C. tit. lib. 6. tit. 5. diffinitione 15, pulchrū refert casum agens de testamento á viro, & vxore simul facto*, en el qual vnos de los hijos fueran instituidos en los bienes solos del padre, y otros solamente en los de la madre; y auiendo muerto el padre, *matre superuiuente, testamentum ipsa mater reuocauit*: y resuelue, que con esto quedó reuocado el testamento del padre, *nulla alia ratione quám propter potentiam correspectiuitatis. Audi Fabrum, quia mirificé loquitur: Dicebam, non vnum quidem testamentum videri debere, sed duplex cum & duorum hominum testamenta essent, & duarum hæreditatū, sed tamen negari non posset, quin alter alterius contemplatione factum fuisset, & vt nostri loquuntur, quin essent correspectiua, siquidē apertum est neutrū ex coniugibus ita testatum fuisse, si de bonis suis solus testatus fuisset, vt quibusdam ex liberis totum patrimonium; alijs verò, quos non exhæredabat, nihil relinqueret, cui consequens esse dicebam, vt reuocato per alterum ex coniugibus testamento, aliud quoque omnimodo reuocatum videri deberet: vt contingit in actibus omnibus correspectiuis, destructo vno; altero, quo destruitur. Hactenus Faber.*

42 Oponese contra esto, que bastô que doña Francisca vinculasse el tercio, y quinto de sus bienes por la facultad legal, para que pudiesse grauar las legitimas: con que cessa este fundamento de la correspectiuidad. Pero se responde facilmente, que el año de nueue no pudo la dicha doña Francisca vincular el tercio y quinto por la facultad legal, pues ya auia espirado, por auer vsado de ella el año de 601. ni por la facultad Real, pues no la tuuo, *vt diximus supra num. 9. & seqq.* Y la fundacion que hizo doña Francisca el año de nueue, no fue principalmente para vincular el tercio y quinto, sino todos los bienes suyos, y de su marido, en virtud de la facultad Real, y en este vinculo incorporò el tercio y quinto, suponiendo, que ya estaua vinculado: y con este pretexto consintio don Gabriel el grauamen de las legitimas, porque juzgò, que adquiria de nueuo vn mayorazgo muy opulento, y no lo hizo solo por el tercio y quinto, pues este ni su madre se lo pudo dar mas, ni se lo pudo quitar para otro hijo por la facultad legal, pues ya estaua adquirido, y radicado en don Gabriel, como dexamos fundado *supra num.* 10. Y la facultad Real no la tuuo hasta el año de once. Demas deq

la

la fundacion de la madre fue copulatiua, vsando de la facultad Real, y legal, y en virtud de ambas facultades vinculò los bienes del padre, y los suyos, y a esta disposicion correspondio el grauamen, hoc est, el de la legitima paterna al vinculo de los bienes del padre, y el de la materna a los de la madre: y auiendo faltado el vinculo de los bienes del padre, no pudo consistir el grauamen de ambas legitimas en solo el vinculo de la madre, porque fue disposicion copulatiua de vno y otro: *& ad veritatem copulatiuam vtrumque copulatum debet concurrere, & vtramque partem esse veram, l. si hæredi plures, ff, de condit. institut. l. si es qui ducenta, §. vtrum, ff. de rebus dubijs, l. si quis ita 129. de verb. oblig. §. penult. instit. de hæredibus instit. l. 24. tit. 11, p. 5. l. 13. tit. 4. p. 6. latissimé tradit dominus Castillo lib. 5. controuer. cap, 136. per totum, præcipué ex nu. 37.* Y para que bastase el verificarse vno de los copulados era necesario pacto expresso, como aduierte Pinelo *in rubrica de resciend. vend. 2. p. cap. 2. nu. 18. vers. gloss. autem, l. 58. tit. 5. p. 5.* Y en todo rigor, auiendo faltado el vinculo paterno, solo se pudiera conseruar el grauamen pro rata, hoc est, en la legitima materna, *argumen. l. 1 tit. 16. lib. 5. nouæ recopilationis.*

43 Oponese tambien, que ningũ acreed or puede impugnar el consentimiento del grauamen de las legitimas, porque este es derecho personal del mesmo don Gabriel de tal manera, que si el no lo reclamasse, ni aun sus herederos lo pudierã impugnar, y mucho menos sus acreedores.

44 A que se responde, que en quanto a la legitima paterna, que ya estaua adquirida, fue verdadero dueño y fundador el mismo don Gabriel, y su disposicion fue reuocable, y se reuocô con auer impuesto censos, y contraido hipotecas sobre los mismos bienes: como se fundó *supra nu. 26. cum seqq.*

45 Y en quanto a la legitima materna no pudo el consentimiento de don Gabriel hazerla tan irreuocable, que no se diminuyesse por las deudas contraidas hasta el tiẽpo de la muerte, porque fue disposicion propria de la madre, como bienes suyos: como se ha fundado *supra nu. 19.* Y aunque se tenga por bienes de don Gabriel, respeto del, fue reuocable. Y milita lo mismo que en la legitima parter-

paterna: *vt dicitur dict. num. 29 cum seqq.* Y como quiera que sea, a los acreedores se les adquirio derecho por cabeça de el mismo don Gabriel, y por los demas hijos, como herederos de la madre, para pedir, que se reduxessen todas las legitimas, y la mejora al valor que tuuiessen los bienes al tiempo de la muerte: como dexamos fundado *supra num. 23.*

46 Y quando todo cesse, y esto fuera alegar derecho de tercero; adhuc lo pueden alegar los acreedores: porque aunque regularmente no se permite el alegar derecho de tercero, *l. loci corpus, §. competit, vbi Bartolus, & Doctores, ff. si seruitus vindicetur, l. si quis emptionis, §. fin veró nullum, C. de præscript. 30. ann. Menoch. cons. 79. lib. 1. num, 28, Thesaurus decis. 4. num. 1.* Esto tiene sus limitaciones, y la principal es quando el derecho que se opone de tercero *in totum est exclusiuum intentionis agentis: veluti*, si pidiendome Pedro las casas que posseo, yo le responda, que no tiene derecho alguno a ellas, porque no son suyas, sino de Iuan, o de Frãcisco; *quippe tunc licet opponam de iure tertij, adbuc audiri debeo, quia excludo*, con semejante alegacion, *actori in totum à sua petitione, l, fin. C. de reiuendicat. Bartolus in l. 2. ff. de except. rei iudicat. & in l. si aliquam, ff. de soluto matrimonio: Thesaurus vbi proximé, num. 1. Gratianus disceptat. 715, num. 25. Caldas de iure emphy. p. 3. cap. 10. num. 47, Antonius Faber in C. lib. 8, tit. 6. diffinitione 18 & tit. 24, diffi, 28.* que es lo mismo, que si dixera, y opusiera, que litigaua sin accion. *Ac proinde audiendum non esse in iudicio, l. si pupilli, § fin ff. de negotijs gestis. Bené Barbosa in dicta l. si alienam, num. 64. in principio.* Y bien considerado, *potiùs est obijcere defectum iuris agentis, quâm opponere de iure tertij, vt aduertit Corneus cons. 65 num. 11. lib. 1. Barbosa in dicta l. si alienam, num. 64. in principio. Osualdus in notis ad Donel. comment. lib. 24 cap. 2, lit. A. in fin.* ibi: *Licet tamen quoties id ius tertij probatum intentionem agentis excludit, & ius eius eneruat, quia non est veré exceptio iuris tertij, sed negotio iuris agendi: & apertius dixerat superiùs lib. 20. cap. 7. in not, lit.* D. *& ideo potest opponi, etiam si tertius nolit, dicta l fin. C. de reiuendic. & Bartolus, relato Ant Fabr, ad d. diffinit, 18, nu. 3.* Luego los acreedores de don Gabriel bien alegan para excluir la intencion de don Iuan Francisco su hija: *euanuisse, siue corruisse consensum præstitum in grauamine legitimarum*: porno auer sub

sistido

ſiſtido el mayorazgo de la facultad Real ſu correſpectiuo, porque no es oponer derecho de tercero, ſino deficiencia de accion y derecho que tenga don Iuan Franciſco para lo que intenta, ſcilicet, que ſe declaren por vinculadas las legitimas que pertenecieron a don Gabriel por muerte de ſus padres: porque qualquier acto correſpectiuo: *ex propria natura tacitam inducit, ſiue imbibit conditionẽ, ſcilicet, ſi actus alter correſpectiuus viribus ſubſiſtat, vt relatis Angulo, & Pariſio conſtituit Gonzalez ad l. 8. Chancellariæ, gloſſ. 27. num. 17.* ibi· *Facit etiam, quod omnes promiſsiones, & renuntiationes habent in ſe tacitam, & ſubintellectam conditionem, ſi pacta ſeruantur: Angelus conſ. 59. num. 8. Flaminius Pari. de reſignat. lib. 1. q. 3. num. 44. & 45.*

47 Y aplicandolo a la queſtion del teſtamento, que otorgaron juntamente marido, y muger, inſtituyendoſe reciprocamente: *Pulchrè prænotauit, licet nouiſsimè Ioannes Decxherus lib. 1. diſſertat. iuris, diſſertat. 7. num. 4. Præterea* (inquit) *reciproca inſtitutio conditionali vi, & effectu conuenit, conditionalis namque inſtitutio, ſi conditio non impleatur, corruit: idem reciproca contingit tolle alterutram inſtitutionem, reciproca eſse definit: & quia reciproca non eſt vtraque non erit, quia duæ iſtæ inſtitutiones ſeſe inuicem reſpiciunt, & vna alterius conditio, & cauſa eſt; cauſa; inquam, quæ in futurum tendit, hac ſcilicet, conditionali intentione ſi me inſtituat, vel vt me inſtituat, & inſtitutione perſeueret: itaque ſe mutuò ponunt, & tollunt: interroga alterutrum, an hac mente alterum inſtituerit, vt ſiue ille viciſsim inſtituat, ſiue non inſtituat, ipſe nihilominus illum inſtituiſſet, & an reuocata altera inſtitutione ipſe prævalet, etiam nunc in ſua: certò certiùs negauit, & hoc perpetuum eſt in actibus correſpectiuis, quoniam alter alterius cauſa eſt, textus in l. quæ oneranda, ff. quarum rerum actio non datur, & ceſſante vno, ceſſat alter, l. filio, § matri, l. alumnæ, §. Seia ff. de adim. leg. l. cum te 6, C, de pactis interẽp. Bald. in l, petens, num 49. C. de pactis.*

48 De ſuerte, que fue lo miſmo, que ſi don Gabriel huuiera dicho expreſſamente, que conſentia el grauamen, y vinculaua ſus legitimas, ſi tuuieſſe efecto, y conſiſtencia el mayorazgo, que ſu madre fundaua en virtud de la facultad Real: *pro expreſſo namque habetur, quòd ex coniecturis colligitur, l. licet Imperator, ff. de legatis 1. l. qui ſolidum, §. 1. ff. de legatis, 2. l. ſi quis locuplex. in fine, ff. de manu. teſt. & plura cumulat*

el

el señor D. Iuan del Castillo *tom.4 cap. 17, num 7. & tribus seqq.* Y principios llanos son que del contrato condicional *non nascitur obligatio, l. conditionales 54 l, cedere diem 213, ff. de ver bor. signif. l, cum ad præsens 37, l. itaque 39 ff. si certum petatur, l. 14, tit. 11. p. 5. neque vllum ius parti adquiritur, Menoch. cons. 452. num. 42. Surdus cons. 186 num. 12. Viuius decis, 359. quamuis conditio sit tacita, & subintellectu, l. 1. §. inest, ff. de condit. & demonst l interdum in principio, ff. de verbor. oblig. gloss. communiter recepta, in l. item, qui verb. petatur, ff. de pactis, & singularem appellat Bartol. in l. quæ sub conditione, §. fin. ff. de cõdition. & demonstrat. ac per consequens neque nascitur actio, l. licet, §. ea obligatio, ff. de procurat. l, & an eadem 14. §. actiones, ff. de except. rei iudicat. textus in principio, institut. de verbor. obligat. bené Anton. Pichar. instit. de obligat. in rub. num. 6 quousque conditio adimpleatur, quippè tunc retrotrahetur euentus conditionis ad tempus contractus, l. huiusmodi 64 ff. de verbor. obligat. l. potior 11. §. 1. ff. qui potiores, in pig. & habetur dispositio pro plura, argum. l fin, §. 1 ff. de vulgari, & pup. Peregrinus de fidei, art. 43. num. 13* señor don Iuan del Castillo *tom 5. cap 116. num. 8. & consequenter* no es negable, que don Iuan Francisco litiga sin accion, ni derecho.

49 Sin que se aplique bien a nuestros terminos la proposicion, *qua habetur, quòd quando aliquis actus venit resoluendus, vel anullandus fauore alicuius priuati*, se requiere, *quod priuatus ille suam declaret voluntatem*, porque esto procede en los actos, *in quibus ab initio priuatus ille tertius*, no tiene declarada su voluntad: de que es buena especie la de la ley 2, *C. de iure emphyteutico, qua cauetur*, que si el emphyteuta dexa de pagar la pension *per triennium emphyteusis cadit in commissum:* si el señor directo quiere, y no antes, y como los contrayẽtes, *in dubio censentur velle se conformare cum dispositione iuris, & actum, seu contractum facere secundum sui naturam, l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati, l si stipulatus, ff. de vsuris, l. 1. §. si quis sub conditione, ff. vt leg. nomi. caueatur : exornat Menochius de præsumptionibus, lib. 3, præsumpt. 38. per totam : nouissime* el señor don Iuan del Castillo *tom. 5, cap 86, á num. 2.* Si en la constitucion de emphiteusis no se paccionò otra cosa, es visto que desde el principio el señor directo suspende la volũtad de que caiga en commisso *propter non solutam pensionem*, para quando sucede el caso *non soluendi per triennium*, y entonces

tonces



tonces, *si dominus voluerit repellet emphyteutam à rebus emphyteuticarijs, vt inquit Imperator*, o le dexara en ellos, compeliendole *alijs iuris remedijs ad solutionem pensionis : aliàs enim quòd in fauorem domini directi introductum est in eius dispendium retorqueretur contra legem quód fauore, C. de legibus reg. quód ob gratiam, de regulis iur. in 6. ac consequenter*, hasta tanto que el señor aya declarado su animo y voluntad, *incurrendi commissum nullus de amissione emphyteusis excipere poterit, vt multis relatis praenotauit Barbosa in d. l. si alienam, num 66 in fin. Anto. Faber in C. libri 8. tit. 24. diffinitione 39. num. 6 quippe quòd extio non concludit actorem sine actione agere, quousque purificetur prædicta conditio, si dominus voluerit, ante cuius implementum* no se puede dezir estar extinguido el derecho del actor, *l. cædere diem. ff. de verborum sign.*

30 *Verum, cum ab initio actus, vel contr actus priuatus ille tertius*, tiene declarada su voluntad *tacitè, vel expressè*, y el no querer quedar obligado, sino es sub conditione, y para en caso que *verificetur conditio, tunc nullatenus* necessita de nueua declaracion de animo, *quia deficiente conditione, ipso iure deficit consensus, l. qui hæredi, §. fin. ff de condition. & demonstration. Doctores communiter in l. si rem, §. omnis, ff. de pign. actione, Mantica de coniecturis vltim. volum, lib. 11. tit. 20. num 1. Cesar Barcius decis. 81. num. 2. & cõtractus habetur pro non factus, l. si quis ita heres. ff. de condit. insti. l. pecuniam, ff. si certum petatur, & obligatio nunquam contracta intelligitur, l. necesario 8. ff. de peri. & commod rei venditæ*, que se exemplifica bien en el que promete, y se obliga de pagar *aliquam quantitatem, quam fatetur mutuam recepisse*, y aunque no lo expresse, *subintelligitur conditio, si numeretur pecunia*: porque la ley presume, que la confession del recibo, y promessa de pagarlo, *est sub spe futuræ numerationis*: y de aqui induce, que de tal suerte quiere obligarse desde luego el deudor a la paga, si se le contare el dinero, y con efecto se le entregare, *vt habet communis Doctorum in l fin. C. de non numerat. pecunia, & in expræsso probat textus in l. 27. tit. 11, p. 3 ibi: Otrosi, dezimos, que demandando alguno emprestido a otro, si jurare antes que lo reciba, que lo pagara a fucia que se lo dara aquel a quien se lo demanda, sino gelo diere, no es tenudo de lo cumplir: ca bien debemos entender, que tal fue su intencion de el que jurò que lo pagaria a aquel plazo si gelo diessen. Latè Gutierrez de juram. confirmat. cap. 27. p, 1, vbi num. 4.*

vers.

verſ.2.& veriſsimo ſic ait in caſu d.l.fin. C.de non numer. pecun. in actu ipſo confeſsionis numeratæ pecuniæ deficit conſenſus, quia ita demum ibi debitor confeſſus eſt ſe recepiße, & obligatur ad ſoluendum, ſi ſibi numeretur, quia id facit ſpe futuræ numerationis, quia licet adfuit ab initio aliquis conſenſus, fuit tamen conditionalis ſi ſequeretur numeratio, qua conditione deficiente, deficit etiam conſenſus, exinde Bartol.in d.l.ſi alienam, num.67, in fine. Securè affirmauit, que la excepcion *non numeratæ pecuniæ competit debitori ab initio*: Y no depende del futuro conſentimiento, o reprobacion del deudor, y deſta calidad fue el conſentimiento de don Gabriel, y contrato que hizo en razon delos dichos mayorazgos: porque deſde el principio fue viſto no querer q̃dar obligado, ſaliendole incierto el mayorazgo, q en virtud de la facultad Real ſu madre fundaua, *vt até diximus ſup. ex n.37. cũ ſeqq & in fin. n ſeq.* Sin q̃ ſea neceſſario nueuo dicenſo, y reprobaciõ de dõ Gabriel, ni q̃ lo aya reclamado en juizio, ni fuera del: *quinimo*, nunca pudo renũciar eſta excepciõ, y derecho adquirido tacita, ni expreſſamente en perjuizio de ſus acreedores: *l. debitorum, C. de pactis, toto titulo ff, quæ in fraudem falliti enim ipſo iure priuantur adminiſtratione bonorum ſuorum, & ſunt inhabiles ad velle, & nolle, Socinus conſ.78.num.2.lib.4. Bald. conſ.249. nu. 1. Straca de decoct.p.3.per totam, Camillus de Medicis conſ.99 n. 25. & cum nihil habeant in bonis de facili colludunt, l 3. in princi. ff. de teſtibus, Bald.in l.tam mandatori, num.27. C.de non numer. pecunia.*

Y los acreedores pueden oponerlo, etiam contra la vo
51 luntad de don Gabriel, para lo qual es texto expreſſo, y que no dexa lugar de dudar: *potius enim ponit gladium ad radicem, vt aduerſarius miſerè ſuccumbat: Iuſtinianus igitur in l, ſi cui, C. de non numer. pecunia, apertè conſtituit*, que pueden los acreedores, *ſiue agant, ſiue conueniantur opponere aduerſus tertios* la excepcion, *non numeratæ pecuniæ*, ibi: *Creditores eius ſiue ipſi conueniantur, vtpotè res eius detinentes ab his, qui debita eius exigunt, cui competit huiuſmodi exceptio, vel dotis, vel alterius cauſæ nomine (ſiue contra alios poſidentes aliquam actionem ipſi moueant, poſſunt in examinando negocio ſuis aduerſarijs eandem non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere*: y eſto, *etiam debitore abſente, vel præſente, & ſuperſedente, prædicta exceptione vti, vt patet ibi: etiam eo ſuperſedente, tali auxilio vti, vel præſente, vel abſen*

te: sin que cause perjuizio a los acreedores, que su deudor nunca *querellatus fuerit de non numerata pecunia*, ibi. *Nec eo prohibeantur, quòd principalis debitor ea nunquam vsus sit*. Ay por ventura alguna diferencia del caso deste texo a el de que vamos hablando? *Nulla profectó valet igitur æquitas (vt inquit Cicero) quæ paribus in causis paria iura desiderat, & vbi eadem est ratio, eadem sit iuris dispositio, l. illud, ff. ad l. aquiliam.* Y por no constar del entrego de el dinero prestado, puedē los acreedores oponer la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, que compete a su deudor contra otro tercero. Concedasenos, que por no auer tenido efecto el mayorazgo de la facultad Real, que fue lo que le obligô a don Gabriel a consentir el grauamen en sus legitimas, pueden sus acreedores oponer la excepcion, *non ad implementi*, para excluir a don Iuan Fracisco su hijo, que pide en virtud del dicho consentimiento, y quiere estoruarles la cobrança de sus creditos. *Exceptio quippe non adimplementi est exceptio litis finitæ, & impedit litis ingressum: Paulo de Castro in l. Iulianus, § offerri, num 6. ff. de actionibus empt. Craueta cons. 248. num, 6. Menochio cons. 1. num. 365, Magonius decis. 21. num. 16. & decis. 25. n. 77, & decis. 61, num. 1. 10. & 11. & adeó fauorabilem dixit Achiles Pedrocha cons. 1. num. 237. cum Cepha. & Craueta, quód iudex etiam, parte non opponente, ipsam supplere non prohibetur: sequitur Ramonius cons, 7. num. 28. & in correspectiuis implementum respectu vnius obligationis excludit aduersarium petentem virtute alterius obligationis correspectiuæ, quæ dicitur vnica: Gratian. alijs relatis, discep. 853. num 31.* Y hablando en terminos de donacion, *quód ex causa non secuti implementi, ipso iure reuocetur, etiam si ita non sit conuentum: docuit Antonius Faber in C. libri 8. tit. 38, diffinitione 12 & diffinit. 14.* donde afirma, *ius excipiendi, vel agendi ob implementum non secutum ad hæredes donātis transire*, y da la razon agudamente, *scilicet, quia hoc non est reuocare donationem, sed reuocationem ipso iure factum obijcere.*

52 *Quod autem decisio Imperatoris, in dicta l. si cui*, proceda vniuersalmente, *in quocumque jure, vel actione competente debitori*, fue doctrina de Paulo de Castro, *in dicta l, cum seruum, C. de seruis fugi. istud ergo (ait Paulus) non potest allegari, nisi per ipsum dominum, ad quod textus cum glossa singulari in l. bis consequenter, in principio, ff familiæ herciscundæ, nisi tertius, qui opponeret mihi haberet causam ab ipso domino directo, vel esset eius creditor*

ter, & haberet bona obligata, quia tunc potest etiam illo inuito de omni iure suo opponere, vt supra de non numerata pecu. l. si cui, Cancerius lib. 1. variar. cap. 18. num. 18. ibi: Item licet opponere de iure tertij, quando excipiens est creditor illius tertij, & in illius bonis se ius habere prætendit: y mejor *in 2. p, cap. fin. num. 128. dum sic ait: hinc creditorem aduersus alium creditorem in causa graduationis bonorum debitoris posse opponere exceptionem præscriptionis ex multis decidit Senatus apud Michaelem Ferrer, 3. p. obs. cap. 324, per l. si cui, quæ est penultim. C. de non num. pecun. quæ licet loquatur in exceptione non numeratæ, habet tamen locum in qualibet exceptione peremptoria:* y da la razon Baldo *in d. l. si cui, num. 10 scilicet*, que la excepcion *non numeratæ pecuniæ adquiritur debitori in vtilitatem suorum creditorum, cum ipsis intercessit,* que su deudor no deua a otros para mejor cobrar sus creditos: *audi Baldum in hac prorrumpentem, d, n. 10. item oppono quod hæc lex videtur dicere, quód possit opponi de iure tertij contra id, quod legitur, & notatur in l. 1. & 2. ff. si ager vectig. pet. sol. quoddam est ius, quod est adquisitum tertio ad vtilitatem eius tantum, & de illo jure non potest alius obijcere, vt in contrario, & ff. de pactis, l. nisi, & l. quod dictum quoddam est ius quæsitum quoad vtilitatem multorum, tunc omnes hij, quorũ interst possunt obijcere, non solúm excipiendo, sed replicando, vt hic: & Baldum sequuntur Alexander, & Paulus in l. ille, á quo, §, si de testamento, ff. ad Trebell. Albanus cons. 64. num. 3. Thesaurus d, decis. 4. n. 7. Menoch. cons. 1. num. 321. Surdus decis. 301. num. 15. Cornacarius decis. 23. Gratianus discept. 715. num. 26. Antonius Fab. in C. lib. 8. tit. 6. diffinit. 18. & tit. 24. diffini 39. num 3. iure igitur optimo contendunt* los acreedores de don Gabriel, que como pudiera oponer la excepcion *de non numerata pecunia* contra don Iuan Francisco, si pidiera *ex contractu mutui*, le puede oponer la de no cumplimiento, y subsistencia del mayorazgo de la facultad Real, *siquidem in vtroque æquale prætendunt, & consistit interesse, & vnus, & idem est finis, scilicet pecuniarum exactio,*

53 *Deinceps, licet necessum est,* que no lo es, como queda con euidencia fundado, que don Gabriel vuiera declarado su animo y voluntad, para que sus acreedores pudieran valerse de lo alegado en esta tercera excepcion; verificado está, que lo tuuo y significó bien el no querer, que faltandole el vinculo de la facultad Real, subsistiesse el de sus

 legi-

legitimas, pues despues en diferentes tiempos vendio, y obligô los bienes de sus legitimas, declarando y afirmando, que eran libres, cosa incompatible con el ser y querer que fuessẽ vinculadas: *aliàs necessum esset affirmare*, que auia cometido tantos delitos como ventas, y obligaciones hizo, *textus expressus in l, 3. §.1. ff. de crimi stellionat.* lo que no es de presumir, *l. quoties, §. qui dolo, ff. de probat. l. merito. ff. pro socio, l. 1. §. denique, ff. de aqua plu. arcen.* Y antes se deue admitir otra qualquiera contraria presuncion, *vt relatis Gozadinus, Craueta, Ruino, & alijs docet Mascardus de probat. conclu. 814. num, 3. & qualibet interpretatio admittenda, quæ sit exclusiua delicti, ex Menoch. de præsump. lib. 5. præsump. 3. num. 3.* Y no es poco vrgente presuncion la que resulte in præsenti, del mismo hecho, tan poderoso a explicar la voluntad como las mismas palabras, *l. de quibus, ff. de legibus*: con que se suele significar, *cap. si autem 22. q. 2. in principio: quia sicuti verba se habent, ita videtur animus se habere, Bald. in l. si non conuitij, C. de iniurijs, latè Cæpola de verbor. signifi in rubric. q. 7. num. 49. 49, quinimo facto declarare plus est quàm verbo, vt inquit Speculator, tit. de obligat. §. fin. verb. iten pone, & alibi passim DD. ac consequenter*, insistimos muy bien en que don Gabriel siempre quiso, que el vinculo de sus legitimas no subsistiesse, pues no se le cumplia el vinculo de la facultad Real, ni tenia efecto, por ser requisito necessario, para que la venta que de los vnos bienes hazia, y la obligacion hipotecaria de los otros, se sustentase, *l. ad rem mobilem, l. ad legatum, ff. de procurat l. 2. ff. de jurisdict. omn. iudic.*

54 Y en terminos de emphyteusis es comun resolucion, que aunque para que el emphyteuta pierda su derecho, *& res cadat in commissum ob pensionem non solutam*, es necessario, que el señor directo lo quiera assi: toda via es bastante explicacion desta voluntad el hecho solo de hazer nueua concession de la mesma cosa a otro tercero, y la razon es, que para darla a otro es necessario, que el primero aya perdido su derecho, y como el perderlo depende de su voluntad, essa se presume ya por bastantemente explicada con el hecho de hazer nueua concession a diferente persona: *plures laudat, & sequitur Barbosa in d. l. si alienam, num. 67. ff. solut. matrimon.* y fue de Felipe Corneo *cons. 115. lib. 1.* cuyo discurso sigo, ibi, *Maximé, quia dicitur Episco-*

pus

pus concedendo dictam rem emphyteuticam alteri videtur voluisse quó res censeatur, & sic reuersa ad Ecclesiam, quia faciendo actum censetur quis velle omne id sine quo ille actus non posset sortiri effectum, l. ad rem mobilem, & l. ad legatum, ff. de procurat, l. 2. ff de jurisdict. omn. iud. & ideo attento quod non poterat alteri, refirmare si res non erat reuersa ad Episcopatum · ideo si dicta reuersio dependebat ab eius voluntate, censetur voluisse, quod esset reuersa. Y en don Gabriel esta se ha de entender fue siempre la voluntad, por ser lo mas conueniente a su buena reputacion, *quæ sapientissimi Salomonis testimonio multis diuitijs melior est, & vt inquit Erasmus in apopt. bona existimatio pecunijs prastat, & honestiùs est fama, quàm pecunia ditescere:* y ajustado a su conciencia; pues primero es pagar lo que cada vno deue, que no tesaurizar para los hijos, ni buscar medios de defraudar a los acreedores de lo que tan justamente les debe pagar, porfiando contra tantas executorias, por dexar opulento mayorazgo a sus hijos: pues aunque su calidad es mucha, no quedarán mal acomodados con el mayorazgo de 3 y 5. de su padre, a que no se haze resistēcia. Y de presumir es, que quisiera sus legitimas libres, sino fuera por defraudar a sus acreedores; y lo que don Gabriel no quisiera si se hallara libre de acreedores, no es justo q̃ lo quiera y pretenda, por tenerlos, y valiendose del nombre de su hijo, *vt inanes fiant creditorum actiones, l. si & rem, & pretium, ff. de petitione hæredit. l. penult. C. de solut. Craueta cons. 497. num. 4. Surd. decis. 155. num. 13. cui malo totis iuribus medēdum esset, cum vergat in dispendium reipublicæ, teste Cicerone, lib. 2. de officijs circa fin. quem, quia mirificè loquitur patienter exaudias, dum sic ait: quamobrem ne sit æs alienum, quod reipublicæ noceat prouidendum est, quod multis rationibus caueri potest, si hoc nō fuerit, vt locupletes suum perdant debitores, lucrentur alienum, nec enim vlla res vehementiùs rempublicam continet, quâm fides, quæ esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum, nunquam enim vehementiùs actum est, quàm me Consule ne soluerentur armis, & castris tenta res est ab omni genere hominum, & ordine, quibus sic resisti, & hoc tantùm malum de republica tolleretur nunquam, nec maius æs alienum fuit, nec melius, nec facilius dissolutum est, fraudandi enim spe sublata soluendi necessitas consequuta est, quid magis omitto illud de suo cuique tribuendo, iuri naturali consonantius, quám fidem seruare: nec ipsam fallere, l. 1. de pactis, l. 1. de*

constit.

constit. pecunia, quam sine lege gentes olim collebant, vt tradit Ouidius lib. 1. Metamorph. ibi:

Sponte sua sine lege fidem, rectumque collebant.

Satis enim fidem fallit, qui vt fraudet creditores bona sua alienat, vel sic disponit, vt suum consequi non valeant, æquissima est vox hæc, redde quod debes, & ius gentium præsefert, authore Seneca, lib. 3. de benefitijs, & sacra Pagina monet Ecclesiastes cap. 29. ibi: *Redde proximo in tempore suo confirma verbo, & fideliter age cum illo.* Grande fue el cuidado, *quo antiqui iuris conditores* fauorecieron la libertad, y ninguna cosa lo fue tanto, *l. libertas ff. de regul. iuris, vbi varié illustrat Petrus Faber*: y sin embargo desto, en llegando a ser en daño, y fraude de los acreedores manumittentis, se limitaron, anteponiendo la vtilidad, que resulta, de que paguen los deudores al fauor de la libertad, *licet aliàs reipublicæ interesse existimarent liberis hominibus abundare, l. 1 ff. soluto matrim. & etiam hostibus augeri, vt inquit Cicero pro Cornelio Balbo, ibi: Etiam hostibus recipiendis augeri hanc ciuitatem oportere.* Y esta limitacion no tuuo otra razon, *nisi quód fides maius est vinculum, quo respublica retinetur ex rerum debitarum solutione maxima ex parte dependens, ex Cicerone, vbi proxime,* ibi: *Nec enim vlla res vehementius rempublicam continet, quám fides, quæ esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum. Et denique, cum reipublicæ expediat plures esse, qui egentibus mutuent, vt inquit Bald. in l, 1, col. 3. C. de summa* Trinit. *& Fide Catho. & cons. 433. lib. 1. & cap. 1. col. 1. de iure jurando debitorum perfidia, deterret ipsos á mutuando, quoniam fidem solutione non præstant.*

55 *Et ex prædictis*, queda desvanecida la ponderacion, que los abogados de don Iuan Francisco, hazen en el §. fin. de esta tercera respuesta, en quanto à la legitima materna de don Gabriel, por quanto aunque se confiesse que pudo consentir el grauamen en prejuicio de sus hijos, y de sus acreedores; y que quando no lo huviera consentido, no pudieran sus hijos, ni acreedores, querelar la disposicion de su madre, no auiendo primero D. Gabriel intentado, y preparado la querela, no estamos en ninguno dessos casos, si no en muy diferente, *videlicet*, de auer consentido el grabamen, no absolutamente, si no *sub conditione*, de que le fuesse cierto el vinculo, que se fundaua en virtud de la facultad real de las legitimas, de los demas sus herma-

nos

nos por quãto esto obra la correspectiuidad, y auiendole salido in cierto el vinculo de la facultad, no ay necessidad de querelar, ni aun a D. Gabriel le cõpitiera tal remedio, por auer se puesto el grabamen de su cõsentimiento, *Bartol. in l. 1. §. qui habebat q. 4. nu. 6. in fin ff. de bonor. poße. contra Tabul. & in l. cum quis in principio ff. de legatis 3. nu. 2. ibi: & consensu operatur vt remoueatur al acussatione vel querella Iass. Ruinus Rolandus, & alijquos cumulat & sequitur Menoch. consi. 71 n. Gratianus discept. 247 n. 38. & probat michi textus apertus in l. non putauit. §. si quos sua manu ff. de bonor. poss. contra tabul.* ni ay para q̃ tratar de si lo pudo consentir, pues el poder importa poco, si falta la voluntad, *l. cum te vt ibi: Baldus C. de donat. ante nupt. cap. cum super Abbatia in fine de off. deleg. Surdus decis. 62. n. 19 & decis. 243. n. 9.* o la condicion y calidad q̃ tuvo la volũtad, *l. necessario 8. ff. de periculo & commodo rei vẽdita cum vulgatis qua prepter*, el remedio solo fue y es oponer del defecto de la cõdicion y nulidad del vinculo por cuyo respeto prestó el consentimiento, que es lo que alegan, y de que se valen los acreedores de D. Gabriel, *igitur omnia qua de querella comminisuentur aduersarij ociosse dicuntur, &c.*

En quanto a la cosa juzgada.

TOdo lo que se a fundado está determinado en fauor de los acreedores, por la executoria de 25 de Iunio de 622. en que se mandaron vender todos los bienes para hazer pago a los acreedores, sin embargo de la peticion, y contradicion que hizo D. Iuan Francisco, por el derecho de los vinculos fundados en la escritura de 609. y despues por la executoria del año de 623. se mandô computar el valor de los bienes al tiempo de la muerte, pagãdose primero, y ante todas cosas las deudas hasta alli contraidas, y no se puede negar que estas executorias obstan al vinculo, porque contienen las tres identidades de la *l. cum quaritur cum similibus ff. de excep rei iudicat videlicet eadem res, eadem causa vel actio, eadem persona.*

56 *Eadem res patet*, porque entonces y aora se litiga sobre vnos mismos bienes, *eadem causa vel, actio*, porque entõces se intentô, que los bienes eran vinculados por la accion de la fundacion, y obligaciõ del año de 609. que es la misma que aora se intenta *eadem persona*, porque el mismo D.

Iuan Francisco, fue quien litigò entonces con los mismos acreedores por el derecho del vinculo, y aora son los mismos que litigan, y en esto no se puede dudar, porque no ay que hazer caso de la persona si no del vinculo cuyo derecho se deduxo, y assi propiamente hablando quien litigó estonces, y aora litiga es el vinculo, que es vna persona muda, y intelectual a quien se atiēde, y no al posseedor, ni a quien representa su derecho, porque este tal no es mas q̄ vna voz u organo de la persona intelectual, y assi propiamente se dize que litiga el vinculo, *sic tradit Marino freccia de sub feudis lib. 1. vers. enim alia fuit quæstio n. 22. pag. 25* ibi: *Castrum feudum, comittatus, curia vocatur ad parlamētum & feudum est homo mutus, & feudatarij vigore loquitur agit, excepit, & sententia fertur feudo, & contra feudum* & ibi *Andreas vice fungitur duarum personarum propia & intellectualis & magis intellectualis attenditur quā propia*, lo mismo dize Baldo, *consi. 159. sub n. 5. vol. 3.*

57 Oponese que aquel fue juicio sumario que no causa cosa juzgada en la via ordinaria.

58 A que se responde que no fue sino juicio ordinario en que se conocio plenariamēte, y se alegó todo lo que aora se alega, y durò mas de dos años, y se remitio, y se determinò con gran acuerdo, y no pudo ser sumario ni executiuo, porque salio como tercero D. Iuan Francisco, y fue oydo plenariamente conforme a la l. del Reyno, y no se conocio summatin ni en la forma que dispone la *l. adiuo Pio ff. de reiudicat §. si super rebus*, porque en la especie de aquel texto se opuso el tercero ante el executor a impedir la vēta de los bienes, que el mismo tercero poseya, y assi contradixo *ratione possessionis*, y para impedir la venta bastô conocer sumariamente de la posesion, pero *aliud est* quando el tercero sale pidiendo prelaciō, *aut iure dominis: aut iure anterioris hipoteca*, y entonces es oydo ordinariamente, y en estos terminos procede y habla la *l. 41. tit. 21. lib. 4. recep*, y assi se opuso D. Iuan Francisco, pidiendo prelacion en los bienes del vinculo, y se le denegô por la prouicion executiua eo ipso, que se mandarō vender los bienes, y por la segūda se graduaron formalmente los acreedores prefiriendolos al vinculo, y quando el juicio fuera executiuo no importara, porque auiendose conocido plenaria-

mente

mente de tal manera que en este juicio no se a alegado de nuebo nada mas de lo que se alegò entonces obsta la excepcion de la cosa juzgada, *vt tenẽt DD. relati a Faquineo li. 10. controver. c. 80. inprincip. Tuscus in litt. 5. conclus. 174. n. 17. & 36. vbi plures refert antiquos Barbos. in l. diuortio §. fin. n 55. ff. solut matrim. plures Refert & sequitur Surdus de alimentis tit. 1. quæst. 126. n. 10. & 11. Steph. Graciano tom. 3. cap. 445. a n. 1.* el señor Valençuela Velazquez, *cons. 68. n. 62. escacia de re iudicata gloss. 14. q. 2. n. 22.* y hablando en termino de tercero que salio al pleito executiuo, *& plene fuit auditus docuit Iacob. Cancerius var. resolut. p. 2. cap 16. n. 81. Salgado de reg. protect p. 4. cap. 8. n. 365. & præsensuit gloss. fin. in l si iusdex ff. de his qui sunt sui vel alie. Cassar Bartius decis. 82. n. 25.* porque entonces cessa la razon de no ser justo, que sin oyr en todas sus defensas, y fundamẽtos a el reo, o a el actor se juzgue, y determine la pretension sin dexarles recurso para ser oydos en toda su justicia, que cessa quando las partes propusieron su accion, y excepciones largamente sin limitacion de terminos, y el Iuez de espacio lo mirò, y considerò, para resoluerse en la determinacion porque en tal caso no ay causa para que digan no fueron oydos, ni tuvieron tiempo para fundar su justicia, ni que el Iuez precipitadamente, y sin la deuida premeditacion las condenò, *vt loquitur Albericus in l. 3. § caussæ cognitio in princip. ff. de carboni. edicto Natta cons. 473. n° 36. Butrius in cap. causam quæ de testibus Abbas cons. 50. n. 3. lib. 1.* en cuyos terminos nos hallamos por que las dos executorias de que nos valemos, se dieron con pleno conocimiento de causa alegando en la vna, y en la otra largamente de su justicia, y por diferentes peticiones la parte del vinculo, siendo su abogado siempre Licenciado Azebedo de Fonseca, que oy le defiende, y esto con mucho espacio, porque auiendo salido el auto de reuista de la primera executoria, en veinte y cinco de Iunio de 1612 se suplicô, y no salio el auto de Reuista, hasta quatro de Febrero de 613. que son siete meses de dilacion, y el auto de vista de la segunda executoria, auiendose hecho el pedimento en 11. de Febrero, no salio hasta 1. de Iulio, y el auto de Reuista no salio hasta 17. de Iunio de 625. que son dos años de dilaciõ, y fue del acuerdo General, por auerse remitido en discordia, y fueron ocho

ocho los Señores que lo votaron, y los tres por escrito, *qua igitur fronte*, se insiste en que este fue conocimiento sumario, y baste para conuencimiento de los adversarios, que al juicio presente, que llaman ordinario, no an añadido alegaciones, ni aun hecho tantas como en aquel juicio que llaman sumario, *ex quo fit vt dicatur plene cognitum & onatur exceptio rei iudicatæ vt relatis Socino Boecio & Simõ de Petris dixit Gratianus d. discept. 445. n. 6.* ni la disputa era, ni es mas que vn punto de derecho, sobre si quedaron, o no vinculadas las legitimas de D. Gabriel, &c.

59 *Ex quibus omnibus*, resulta que la justicia de los acreedores, es notoria tanto por la cosa juzgada, que tienen en su fabor quanto porque, aunque no la tuvieran los fundamentos de derecho que tienen por su parte son solidos, y tales que en virtud dellos se pudiera y debiera juzgar otra y otras muchas vezes, lo mismo en fabor de los acreedores, & ita speramos saluo, &c.

El Licenciado D. Lorenço del Castillo, y Gallegos.